Vertragliche Vereinbarungen über die Ausschließung eines Gesellschafters aus der OHG

von

KARLHEINZ SCHRAMM

München 1962

VERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN ÜBER DIE AUSSCHLIESSUNG EINES GESELLSCHAFTERS AUS DER OHG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Karlheinz Schramm

1962

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Professor Dr. Alfred Hueck
Correferent: Privatdozent Dr. Wolfgang Zöllner

Tag der mündlichen Prüfung: 3o.7.1962

Fotodruck: Mikrokopie G.m.b.H. München 2, Weinstr. 4

Übersicht

	Seite
Abkürzungen	IV
Literaturverzeichnis	V
Einleitung	1
Allgemeiner Teil	2
§1. Die Abdingbarkeit des Ausschließungsrechts im allgemeinen.	2
§2. Die "Ordnungsfunktion" des dispositiven Rechts als Grenze für vertragliche Vereinbarungen.	5
Besonderer Teil	8
§3. Vereinbarungen, die eine inhaltliche Erweiterung des Ausschließungsrechts zum Gegenstand haben.	8
I. Die Erweiterung der Ausschließungsgründe.	8
II. Die Vereinbarung absoluter Ausschliessungsgründe.	15
III. Die unterschiedliche Erweiterung der Ausschließungsgründe für einzelne Gesellschafter.	18
IV. Die Zulässigkeit einer Vereinbarung, die es ermöglicht, den Erben wegen Verfehlungen des Erblassers auszuschließen.	20
V. Das absolute Ausschließungsrecht	22
1. Der Begriff	22
2. Stellungnahme im Schrifttum	23
3. Eigene Ansicht	25
§4. Die vertraglichen Einschränkungen des Ausschließungsrechts	36
I. Die Einschränkung der wichtigen Gründe.	36
II. Der vertragliche Ausschluß des Ausschliessungsrechts.	39

Seite

§5. Vereinbarungen über das Ausschließungsverfahren 44

I. Die Übertragung der Entscheidung über die Klageerhebung auf die Mehrheit der Gesellschafter. 44

II. Die Ausschließung durch Gesellschafterbeschluß 49

1. Stellungnahme im Schrifttum 49

2. Eigene Ansicht 52

III. Einzelne Verfahrensfragen 58

1. Der Anspruch des Auszuschließenden auf rechtliches Gehör. 58

a) Stellungnahme im Schrifttum 58

b) Eigene Ansicht 59

2. Das Stimmrecht des Auszuschließenden 63

a) Die gesellschaftsvertragliche Einräumung eines Stimmrechts an die jeweils von der Ausschließung Betroffenen. 64

b) Das Stimmrecht des Auszuschließenden in Fällen der gesellschaftsvertraglichen Erweiterung des § 140. 66

3. Die Pflicht der übrigen Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Ausschließung. 68

a) Die Mitwirkungspflicht im Falle der gesetzlichen Ausschließungsregelung. 68

aa) Stellungnahme im Schrifttum 68

bb) Eigene Ansicht 70

b) Die Mitwirkungspflicht im Falle vertraglicher Änderungen der gesetzlichen Ausschließungsregelung. 73

aa) Die Mitwirkungspflicht bei besonderen inhaltlichen Ausgestaltungen des Ausschließungsrechts. 74

bb) Die Mitwirkungspflicht bei besonderen Verfahrensvereinbarungen. 75

Seite

§6. Vertragliche Vereinbarungen über das Verhältnis der Ausschließung zur Auflösung. 77

I. Das Problem 77

II. Stellungnahme im Schrifttum 78

III. Eigene Ansicht 80

1. Die vertragliche Vorschaltung des Ausschließungs- vor das Auflösungsverfahren. 80

2. Die Substitution des Auflösungsrechts durch die Ausschließungsbefugnis. 83

§7. Der vertragliche Ausschluß des Abfindungsanspruches eines Gesellschafters für den Fall seiner Ausschließung. 84

I. Vorbemerkung 84

II. Stellungnahme im Schrifttum 85

III. Eigene Ansicht 87

1. Der Abfindungsausschluß bei der Ausschließung aus wichtigem Grund 88

2. Der Abfindungsausschluß bei vertraglichen Ausschließungserleichterungen. 90

A b k ü r z u n g e n

BB	= Der Betriebsberater
Betrieb	= Der Betrieb
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Diss	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Jursitenzeitung
DNotZ	= Deutsche Notar - Zeitschrift
DR	= Deutsches Recht
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	= Handelsgesetzbuch
JR	= Juristische Rundschau
JZ	= Juristenzeitung
JW	= Juristische Wochenschrift
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
Recht	= Das Recht
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
WM	= Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung

§§ ohne nähere Bezeichnung sind §§ des Handelsgesetzbuches

Literaturverzeichnis

Amecke Mönnighof, Ausschluß eines Gesellschafters der OHG durch gerichtliches Urteil, Diss. Leipzig, 1931 (zitiert: Amecke-Mönnighof).

Auletta, Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone, in Scritti Giuridici in Onore di Carnelutti, 1950, Band III, S. 673 ff. (Zitiert: Auletta).

Barz Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personengesellschaften, JW 1938, S. 490 ff.

Barz in DR 1943, S. 809, Anmerkung zu RGDR 1943, S. 808

Breit Gerichtliche Auflösung der OHG und gerichtliche Ausschließung von Gesellschaftern aus der OHG in JR 1926 I, S. 761 ff.

Baumbach - Duden, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, 1961, (Zitiert: Baumbach-Duden).

Boehm Zur Auslegung des § 117 HGB in DJZ 1928, S. 936.

Busse Zur Problematik von Stimmrechtsbindungsverträgen bei Personalgesellschaften, BB 1961, S. 261.

Denkschrift zum Entwurf eines HGB im Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, Amtliche Ausgabe, Berlin, 1898 (Zitiert: Denkschrift).

Düringer - Hachenburg, Kommentar zum HGB, Band II,2 (§§ 105 ff.), erläutert von Flechtheim, 3. Auflage, 1932.

Düringer - Hachenburg, Kommentar zum HGB, Band II,1, Allgemeine Einleitung zum 2. Buch, erläutert von Geiler, 3. Auflage, 1932. (Zitiert: Düringer-Hachenburg, Allgemeine Einleitung)

Enneccerus - Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960. (Zitiert: Enneccerus-Nipperdey)

Enneccerus - Lehmann, Lehrbuch des Schuldrechts, 15. Auflage, 1958, (Zitiert: Enneccerus-Lehmann).

Esser Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1960. (Zitiert: Esser)

F i s c h e r Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 1954, S. 777.

F i s c h e r Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG, NJW 1959, S. 1057.

F i s c h e r bei LM § 140 HGB Nr. 7.

G i e r k e Lehrbuch des Handelsrechts. 8. Auflage 1958. (Zitiert: Gierke)

G o g o s Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, 1953. (Zitiert: Gogos)

H a c h e n b u r g in JW 1925, S. 244. Anmerkung zu RGJW 25, 244

H ä m m e r l e i n Hans. Die gleichmäßige Behandlung der Gesellschafter einer OHG, Diss., Erlangen, 1948. (Zitiert: Hämmerlein)

H e i d e c k e Günter. Der Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund, Diss., Köln 1956. (Zitiert: Heidecke)

H e r z f e l d e r Stimmrecht und Interessenkollision, 1927. (Zitiert: Herzfelder)

H e y m a n n - K ö t t e r Kommentar zum HGB, 20. Auflage, 1950. (Zitiert: Heymann-Kötter)

H u e c k Alfred, Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht von Heymann, 1931, II. Band. (Zitiert: Hueck, Gesellschafterbeschlüsse)

H u e c k Alfred, Der Treuegedanke im Recht der OHG, in der Festschrift für Hübner, 1935, S. 72 ff.

H u e c k Alfred, Das Recht der OHG, 2. Auflage 1951, (Zitiert: Hueck, OHG)

H u e c k Alfred in NJW 1951, S. 651. Anmerkung zu BGH NJW 51, 650

H u e c k Alfred. Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH in Betrieb 1951, S. 110.

H u e c k Alfred in JZ 1960, S. 491. Anmerkung zu BGH JZ 60, 490

H u e c k - G o e t z, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958.

Jüdel Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, 1933. (Zitiert: Jüdel)

Karger in DJZ 1928, S. 1074.

Katz Die Erhaltung der kaufmännischen und industriellen Unternehmung einer OHG in ZHR Band 70, S. 81 ff.

Knöchlein, Abfindungsvereinbarungen bei Personalhandelsgesellschaften, DNotZ 60, 452 ff.

Koenige, Handausgabe des HGB, 4. Auflage 1936. (Zitiert: Koenige)

Kohler Die Klage auf Zustimmung zum Ausschluß eines Gesellschafters, NJW 1951, S. 5 ff.

Küster Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, 1954, (Zitiert: Küster)

Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1962. (Zitiert: Larenz)

Laufke Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, Prag, 1932. (Zitiert: Laufke)

Laufke Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, I, S. 145. (Zitiert: Laufke, Vertragsfreiheit und GG)

Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 1959. (Zitiert: Lehmann)

Makower, Kommentar zum HGB, 13. Auflage, 1906/1907. (Zitiert: Makower)

Marcus Zur Auslegung des § 133 Abs. 3 im Verhältnis zu den §§ 140, 142 HGB, Recht 1912, S. 313. (Zitiert: Marcus)

Merkel Ausschließung eines Gesellschafters aus einer handelsgerichtlichen Personengesellschaft, MDR 1961, 729.

Molitor, Zum Begriff des wichtigen Grundes, ZAkDR 1944, S. 106.

Mordhorst, Entschädigungslose Ausschließung eines GmbH Gesellschafters, NJW 1955, 1544.

Palandt, Kommentar zum BGB 21. Auflage 1962. (Zitiert: Palandt)

Reichsgerichtsräte kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band, 1. Teil, 10. Auflage 1959. (Zitiert: RGRK)
II. Band, 2. Teil, 10. Auflage 1960, §§ 705 - 779 erläutert von Fischer. (Zitiert: Fischer in RGRK)

Ritter Das HGB, erläutert von Ritter, 2. Auflage 1932, (Zitiert: Ritter)

Rötelmann, Der Wegfall unentbehrlicher Gesellschafter, NJW 56, S. 1617 ff.

Schilling, Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, JZ 53, S. 491.

Schlegelberger, Kommentar zum HGB, 3. Auflage 1955. (Zitiert: Schlegelberger)

Scholz Der wichtige Grund, SJZ 49, S. 1 ff.

Soergel - Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, 9. Auflage 1959. (Zitiert: Soergel)

Staub Kommentar zum HGB, 14. Auflage 1932. (Zitiert: Staub)

Staudinger, Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Auflage 1957. (Zitiert: Staudinger)
II. Band, 3. Teil, 11. Auflage 1958 (Zitiert: Staudinger-Nipperdey)

Staudinger, Kommentar zum BGB §§ 705 - 740, (Teilheft), 11. Auflage 1958, erläutert von Keßler. (Zitiert: Staudinger-Keßler)

Steiner, Die OHG und KG in der deutschen Wirtschaft. Ihre Ausgestaltung zur modernen Unternehmensform, 1950. (Zitiert: Steiner)

Wendelstein, Stimmrecht und Stimmpflicht in der OHG, 1956 in Rechts- und Wirtschaftspraxis, Blattei/Handbuch, Forkel Verlag unter 4 D, Personalgesellschaft, Einzelfragen 9, Nr. 298/11. (Zitiert: Wendelstein)

Weipert, Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, bearbeitet von Weipert, 2. Auflage 1950. (Zitiert: Weipert)

Wieland, Handelsrecht Band I, 1921, (Zitiert: Wieland).

E i n l e i t u n g

Das umfassende Thema "Vertragliche Vereinbarungen über die Ausschließung eines Gesellschafters aus der OHG" kann schon aus räumlichen Gründen nicht in allen Einzelheiten hier behandelt werden. Auch sind die Möglichkeiten vertraglicher Ausgestaltungen des Ausschließungsrechts zu vielfältig.

Die Auswahl der behandelten Fragen ist jedoch nicht willkürlich erfolgt. Es sollen nur solche Vereinbarungen untersucht werden, denen praktische Bedeutung zukommt und deren Zulässigkeit in der Literatur noch umstritten ist, oder noch nicht befriedigend begründet wurde. Das schien mir vor allem in Extremfällen und bei den Vereinbarungen über das Ausschließungsverfahren der Fall zu sein. Ich habe mich bemüht in diesen Fällen neue Begründungen zu geben oder bereits gegebene zu erweitern.

Allgemeiner Teil

§ 1 Die Abdingbarkeit des Ausschließungsrechts im allgemeinen. (1)

Verschiedentlich kennzeichnet das Gesetz den dispositiven Charakter von Normen ausdrücklich, indem es entweder die Abdingbarkeit aller Normen eines Normenkomplexes für möglich erklärt (2), oder dadurch, daß bei einzelnen Normen eines Abschnittes der zwingende Charakter besonders betont wird. Diese Betonung hätte keinen Sinn, wenn sich diese Normen nicht von den übrigen dieses Abschnittes durch ihren zwingenden Charakter unterscheiden würden. Die übrigen Vorschriften werden dadurch mittelbar zu dispositivem Recht erklärt. (3) Im Rahmen der gesetzlichen Regelung der Auflösung der Gesellschaft und des Ausscheidens von Gesellschaftern (§§ 131 - 144 HGB) verfährt das Gesetz auf die letztgenannte Weise. In den §§ 133, Abs. 3 und 139, Abs. 5 werden beispielsweise bestimmte Teilregelungen ausdrücklich für zwingend erklärt. Da sich in § 140 eine solche Unabdingbarkeitsanordnung nicht findet, spricht die Vermutung für die grundsätzliche Abdingbarkeit des Ausschließungsrechts.

In § 133 Abs. 3 wird eine Vereinbarung, durch die das Recht eines jeden Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder beschränkt wird, für nichtig erklärt. Eine früher vertretene Ansicht (4) nahm an, daß dieses Beschränkungsverbot in § 133 Abs. 3 auch für das Ausschließungs- bez. Übernahmerecht (§§ 140 u. 142 HGB) gelte.

---

1) In diesem einleitenden Abschnitt soll lediglich die Frage untersucht werden, ob der Abdingbarkeit des § 140 Erwägungen allgemeiner Art entgegenstehen. Mit den Einzelheiten des § 140, aus denen heraus die Frage nach der dispositiven Natur letztlich zu beantworten ist (Vgl. dazu Schlegelberger § 109 Anm. 23; § 140 Anm. 17), befaßt sich der besondere Teil.

2) Für das Recht der OHG z.B. in § 109 HGB.

3) Vgl. dazu Laufke S. 13.

4) Alexander Katz in ZHR Bd. 70, S. 85 ff.

Zur Begründung beruft sich Katz vor allem auf die grammatische Interpretation des Wortes "anstatt" in § 140. Dadurch sei auf das Auflösungsrecht des § 133 im ganzen und damit auch auf das Verbot vertraglicher Einschränkung in § 133 Abs. 3 Bezug genommen. Außerdem bestehe an der Erhaltung des gesellschaftlichen Unternehmens auch ein öffentliches Interesse.

Für eine solche Auslegung sind jedoch keine überzeugenden Anhaltspunkte gegeben. Es liegt viel näher, in dem Wort "anstatt" lediglich die Einräumung einer Wahlmöglichkeit für die übrigen Gesellschafter zu erblicken. Die Gesellschafter sollen die Möglichkeit haben, sich zwischen zwei ihren Voraussetzungen und Folgen nach ganz verschiedenen Maßnahmen zu entscheiden. Dort wo der Gesetzgeber die Bezugnahme ausdrücklich wollte, nämlich bei der Voraussetzung des in der Person eines Gesellschafters eintretenden wichtigen Grundes, hat er sie auch besonders zum Ausdruck gebracht. Im übrigen sind die Voraussetzungen von Ausschliessung und Auflösung verschieden (z.B. Klageantrag der übrigen Gesellschafter bei der Ausschließung und Klageantrag eines Gesellschafters bei der Auflösung), so daß eine Bezugnahme insoweit auch nicht in Frage kommt. Auch wiederholt das Gesetz in § 140 trotz der Bezugnahme nochmals, daß die Ausschließung durch gerichtliche Entscheidung auszusprechen ist. Diese Sorgfalt des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Ausschließungsrechtes führt zu der Schlußfolgerung, daß der Gesetzgeber eine völlig selbständige Regelung des Ausschließungsrechtes treffen wollte, und daß es willkürlich wäre, in dem Wort "anstatt" mehr als einen Hinweis auf die Wahlmöglichkeit zu sehen. Hätte der Gesetzgeber für den Fall der Ausschließung eine ähnliche Regelung wie für die Auflösung in § 133 Abs. 3 treffen wollen, so hätte er das sicher klar erkennen lassen. Für diese Argumentation spricht auch die entsprechende Regelung bei der BGB Gesellschaft. In § 723 Abs. 3 findet sich ein dem § 133 Abs. 3 entsprechendes Beschränkungsverbot, nicht jedoch in § 737 BGB.

Die Annahme, daß an dem Fortbestand von Handelsunternehmungen auch ein öffentliches Interesse bestehe, weil mit der Zerstörung eines lebensfähigen wirtschaftlichen Organismus (5) die Gesamtwirtschaft geschädigt wird, trifft zu. Im Einzelfall ist dieses Interesse der Allgemeinheit auch gebührend zu berücksichtigen. (6) Es steht jedoch nicht im Vordergrund der gesetzlichen Regelung. Man würde die gesetzgeberische Interessenbewertung verkennen, wollte man annehmen, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des Ausschließungsrechts in erster Linie den Schutz der Gesamtwirtschaft im Auge gehabt, und daraus den zwingenden Charakter der Vorschrift ableiten. Der gesetzlichen Regelung geht es wesentlich um private Interessen, nämlich um eine Abwägung der Interessen des Auszuschließenden und der Gesellschaft, d.h. der übrigen verbleibenden Gesellschafter. Es besteht daher kein Grund, aus allgemeinen Gesichtspunkten auf die Absicht des Gesetzes zu schließen, es habe die von ihm in § 140 getroffene Regelung der Ausschließung auch gegen den Willen der Beteiligten durchsetzen wollen. (7)

---

(5) Wie sie die Auflösung nach § 133 zwangsläufig zur Folge hat.

(6) Vgl. Hueck, OHG, § 29 I 2 c ß unter Hinweis auf RG JW 38, S. 2212.

(7) Vgl. Laufke S. 23 über den Zweck des zwingenden Rechts.

§ 2. Die "Ordnungsfunktion" des dispositiven Rechts als Grenze für vertragliche Vereinbarungen.

Grundsätzlich ist der Parteiwille im Rahmen der allgemeinen Schranken (§§ 134, 138 BGB) in der Lage, nachgiebiges Recht abzuändern. Eine neuerdings von Nipperdey (8) vertretene Auffassung sieht im zwingenden Recht und in den guten Sitten nicht die einzige Grenze für die Privatautonomie, sondern versucht eine Beschränkung der Vertragsfreiheit außerdem aus einem gewissermaßen zwingenden Kern der jeweiligen dispositiven Vorschrift selbst zu gewinnen. Dieser liege in den Bewertungsmaßstäben, die der Gesetzgeber im dispositiven Recht aufgestellt hat. Auch den dispositiven, vom Gesetzgeber wohl erwogenen Rechtssätzen sei eine gewisse Ordnungsfunktion eigen. Bei vertraglichen Abweichungen dürften sich die Parteien zwar von ihrer besonderen, vom Gesetzgeber nicht berücksichtigten Sach- und Interessenlage leiten lassen, es müßte jedoch den Interessen beider Vertragsteile bei der Vereinbarung in angemessener Weise (9) Rechnung getragen werden. Die vertraglich getroffene Regelung müsse "fair" sein. Das entspreche auch dem freiheitlichen sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes und den in Art. 2 I GG niedergelegten Grundsätzen.

Diese Auffassung ist aus zivilrechtlichen Gründen abzulehnen. Auf die verfassungsrechtliche Seite soll hier nicht näher eingegangen werden. Der Gesetzgeber hat die Grenzen der Vertragsfreiheit im einzelnen durch zwingende Vorschriften oder Generalklauseln wie § 138 BGB festgelegt.

---

(8) Enneccerus-Nipperdey § 49 III mit weiteren Hinweisen in Anm. 11; § 169 VI,4; Staudinger-Nipperdey Vorbem. 17 vor § 688 BGB; § 701 Anm. 39.

(9) Der Maßstab dafür ist aus allgemeinen (Treu und Glauben) und besonderen (den Gerechtigkeitsgedanken der durch die Vereinbarung ausgeschalteten Vorschriften) Gesichtspunkten zu gewinnen. Vgl. Staudinger-Nipperdey § 701 Anm. 39.

Sie ergeben sich nur in sehr beschränktem Maße unmittelbar aus der Verfassung. (10) Aber auch wenn man die Auffassung billigt, daß das Zivilrecht dem Verfassungsrecht gegenüber nicht eigenständig ist und nicht losgelöst von ihm betrachtet werden kann, ist nicht erkennbar, inwiefern aus Art. 2 I GG (11) eine so weitgehende zivilrechtliche dogmatische Folgerung sollte hergeleitet werden können, wonach jede dispositive privatrechtliche Vorschrift gleichsam einen zwingenden Kern abwägender Gerechtigkeit enthält. Anzuerkennen ist, daß der Gesetzgeber mit dem dispositiven Recht grundsätzlich von einer vorgestellten Normalsituation der Parteien ausgeht, eine für eine solche gedachte billige und ausgleichende Regelung treffen und damit den "präsumtiven Parteiwillen" für diese Situation zum Ausdruck bringen wollte. (12) Dafür aber, daß das Gesetz die Parteien durch abdingbares Recht auch bei der vertraglichen Regelung ihrer besonderen Situation an seine ja gerade nur für die Normalsituation vorgenommene Grundabwägung der Interessen binden wollte, gibt es keine Anhaltspunkte. (13)

Selbst wenn man die Auffassung von Nipperdey für berechtigt halten würde, wäre ihre Durchführung praktisch unmöglich. Für jede dispositive Norm, oder doch für jeden Normenkomplex, müßte im Einzelfall die verbindliche Grundabwägung der Interessen ermittelt werden. An ihr müßte gemessen werden, ob die konkrete vertragliche Vereinbarung ihr in unerträglicher Weise widerspricht oder sie ins Gegenteil verkehrt.

---

(10) So Larenz I,S.62, der als Beispiel Art. 9 III,2 GG nennt. Für Beschränkungen der Vertragsfreiheit durch das GG sei wenig Raum.-- Auch eine automatische Nichtigkeit von gegen das GG verstoßenden Rechtsgeschäften wird man aus Gründen der Rechtssicherheit verneinen müssen. (So Larenz a.a.O.; Esser, S.15; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz S.166; anders Enneccerus-Nipperdey, S. 95).

(11) Diese Bestimmung wird als verfassungsmäßige Verankerung der Vertragsfreiheit angesehen. Vgl.z.B. Maunz-Dürig,Grundgesetz, Anm.53-65 zu Art.2 I; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S.145; Larenz I, S.56.

(12) Vgl. Laufke, S. 23.

(13) Das begründet auch Nipperdey nicht näher.

Es erscheint aber sehr schwierig, wenn nicht unmöglich, zu entscheiden, welche Regelung die zwingende, für die Normalsituation gedachte Interessenabwägung für eine vielleicht ganz besonders gelagerte Situation der Parteien erfordert. Schließlich wäre fraglich, ob die erforderliche Neuorientierung bei der gebotenen vorsichtigen abwägenden Handhabung im Einzelfall zu anderen Ergebnissen führen würde, als die Anwendung der §§ 138 oder 242. Eine - von diesen Maßstäben her gesehen - Vorverlegung der Grenzen der Vertragsfreiheit wäre vermutlich gar nicht die Folge. Sie ist nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht gerechtfertigt und nicht durchführbar. (14)

Für die folgenden Untersuchungen bilden das zwingende Recht und allgemeine Rechtsgrundsätze (§§ 138, 242 BGB) die Maßstäbe (15) nach denen die Zulässigkeit und die Grenzen vertraglicher Vereinbarungen über das Ausschliessungsrecht beurteilt werden.

---

(14) Welche Bedeutung die Erwägungen Nipperdeys für die Gültigkeit einseitig begünstigender Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen haben, kann hier dahinstehen. Nipperdey scheint diesen Fall in erster Linie im Auge zu haben. (Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 49 III; Staudinger-Nipperdey § 701 Anm. 39).

(15) Daß der inhaltliche Unterschied der Maßstäbe des § 138 und des § 242 BGB nur ein gradueller ist, zeigt sich gerade im Gesellschaftsrecht. Vgl. Schilling, Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechtes, JZ 53, S. 491.

Besonderer Teil

§ 3. Vereinbarungen, die eine inhaltliche Erweiterung des Ausschließungsrechtes zum Gegenstand haben.

I. Die Erweiterung der Ausschließungsgründe.

Der die Voraussetzung für die Ausschließung nach § 140 bildende wichtige Grund ist kein absolut bestimmter Begriff. (16) Das Gesetz erläutert in § 133 II durch zwei Beispiele, was darunter zu verstehen ist. Eine allgemeine Umschreibung des die Ausschließung rechtfertigenden Grundes läßt sich nur mit Hilfe des Maßstabes von Treu und Glauben treffen. Danach ist wichtiger Ausschließungsgrund jeder in der Person eines Gesellschafters eintretende Umstand, der die Fortsetzung der Gesellschaft mit diesem Gesellschafter unzumutbar macht. (17)

Werden gesellschaftsvertraglich bestimmte Ausschließungsgründe in Form einer Einzelaufzählung festgelegt, so handelt es sich häufig nur um eine Konkretisierung des allgemeinen Begriffes des wichtigen Grundes. Das Gleiche gilt von gesellschaftsvertraglichen Generalklauseln, die anstelle des wichtigen Grundes als Ausschließungsvoraussetzungen eingeführt werden. (18) In diesen Fällen werden die Ausschließungsgründe nicht erweitert, sondern nur näher bestimmt. Die Vereinbarung hat nur deklaratorischen Charakter. Bei den in diesem Paragraphen in Rede stehenden Klauseln handelt es sich jedoch um solche, die über den Begriff des wichtigen Grundes hinaus Tatbestände als Ausschließungs-

---

(16) Vgl. Staudinger-Weber § 242 Anm. A 727; Staudinger-Keßler § 723 Anm. 51; Fischer RGRK § 723 Anm. 17; Weipert § 117 Anm.4; Gogos, S.64; BGH Betrieb 1958, S. 1242.

(17) Vgl. Schlegelberger § 117 Anm.4; Hueck, OHG, §10,VII,3; Molitor, Zum Begriff des wichtigen Grundes, ZAkDR 1944, S. 106.

(18) Z.B. kann vorgesehen werden, daß ein Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, wenn eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr möglich ist. Hier ist im wesentlichen ein Teilbereich des wichtigen Grundes durch eine engere Generalklausel näher gekennzeichnet.

gründe festlegen, die nach der gesetzlichen Regelung die Ausschließung nicht rechtfertigen würden. Als derartige weitere Ausschließungsgründe können beispielsweise vereinbart werden: Übertretung des vertraglichen oder gesetzlichen Wettbewerbsverbotes, Erreichung einer bestimmten Altersgrenze, Wohnsitzverlegung, oder einen bestimmten Zeitraum überschreitende Krankheit.

Die überwiegende Meinung hält Vereinbarungen dieses Inhaltes unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit und die grundsätzlich nicht zwingende Natur.der Bestimmungen der §§ 140, 142 für zulässig. (19) Das RG hatte anfangs beiläufig (20) die Auffassung vertreten, daß die Rechte des vertragstreuen Gesellschafters zwar gemindert, nicht aber erweitert werden könnten. Insoweit seien die §§ 140, 142 zwingend.

Eine Begründung für seine Auffassung ist das RG a.a.O. schuldig geblieben. Es wäre möglich, sie in der einschneidenden Auswirkung der Ausschließung auf den betroffenen Gesellschafter zu sehen. Der Ausschluß aus einer OHG ist in der Regel für den Betroffenen ein Eingriff, der seine gesamte wirtschaftliche Existenz gefährden kann. Für die OHG Gesellschafter ist die Tätigkeit im gesellschaftlichen Unternehmen häufig die einzige Erwerbsgrundlage. Dem könnte der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen haben, daß er die Maßnahme der Ausschließung nur für wirklich "wichtige" Fälle

---

(19) Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 14; Staub § 140 Anm.4; Weipert § 140 Anm.30; Schlegelberger § 140 Anm.18; Hueck, OHG § 29 I,2,a; derselbe Gesellschaftsrecht S. 79; Baumbach-Duden § 140 Anm. 1 B,b; abweichend Heymann-Kötter § 140 Anm. 3; Vgl. auch für die BGB Gesellschaft: Fischer RGRK § 737 Anm. 5; Staudinger-Keßler § 737 Anm. 12.

(20) RGZ 109,80 = JW25,244 mit ablehnender Anmerkung von Hachenburg. Anlaß zu den Ausführungen des RG war die Frage, ob ein Gesellschaftsvertrag die Übernahme nach § 142 durch einfache Erklärung vorsehen kann. Doch wäre nach der allgemein gehaltenen Formulierung des RG auch eine Erweiterung der Ausschließungsgründe als nicht gestattet anzusehen.

zuläßt. Die sehr strenge Rechtsprechung, die die Gesellschafter aus dem Gedanken von Treu und Glauben heraus zu jeder zumutbaren anderen Lösung zwingt und in der Ausschließung nur das äußerste Mittel sieht (21) liegt ganz in dieser Richtung.

Diese Auffassung des RG hat sich mit Recht nicht durchgesetzt. Der Gesetzgeber ist von der Normalsituation ausgegangen, als er den wichtigen Grund zur Ausschließungsvoraussetzung erklärte. Die Elastizität der auf eine auch nur beispielhafte Aufzählung (von § 133 Abs. 2 abgesehen) einzelner Ausschließungsgründe verzichtenden Generalklausel gestattet es, die bei den einzelnen Gesellschaftern oft völlig verschieden gestalteten Verhältnisse zu berücksichtigen. Gerade diese Relativität des wichtigen Grundes (22) zeigt, daß die ratio legis dahin geht, den individuellen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Was aber auf Grund der besonderen personellen und sachlichen Gegebenheiten ihrer Gesellschaft und der Eigenart des von ihr betriebenen Gewerbes für die Unternehmensführung bedeutsam ist, können die Gesellschafter selbst am besten beurteilen. Daß der Gesetzgeber in § 140 den einzelnen Gesellschafter schützt, besagt noch nicht, daß der einzelne Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag nicht teilweise auf diesen Schutz verzichten kann, indem er das Risiko einer erleichterten Ausschließung auf sich nimmt. Mit der Vereinbarung eines bestimmten Umstandes als Ausschließungsgrund wird dieser allerdings nicht zum "wichtigen Grund" im Sinne des § 140 erhoben. (23)

---

(21) Vgl. dazu Baumbach-Duden § 140 Anm. 2 C.

(22) Ein Umstand, der in einer Gesellschaft einen wichtigen Grund bildet, braucht in einer anderen keinen solchen darzustellen. Außerdem ist der Inhalt des Begriffes wichtiger Grund auch ganz verschieden, je nach der Maßnahme, die er rechtfertigen soll. Ein wichtiger Grund i.S. des § 117 braucht kein wichtiger Grund i.S. des § 140 zu sein und umgekehrt. (Vgl. dazu Gogos S.64).

(23) Das scheint Makower § 140 Anm.IV anzunehmen. Damit wäre aber die Vereinbarung weitgehend entwertet. Denn sie wäre nur als Indiz dafür zu betrachten, daß der Umstand bei dieser Gesellschaft als objektiv wichtiger Grund anzusehen ist, der aber der entscheidende Maßstab bleibt.

Das Verbot die Ausschließungsgründe über den "wichtigen Grund" hinaus vertraglich zu erweitern könnte durch anderweitige Ausnutzung der Vertragsfreiheit auch leicht umgangen werden. Statt negativ einen Ausschließungsgrund vorzusehen, könnte der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern positiv ein bestimmtes konkretes Verhalten zur Pflicht machen. Läßt die Vertragsregelung dazu noch erkennen, daß diesem Verhalten besonderes Gewicht beigemessen wird, (24) d.h. es als wesentliche Verpflichtung anzusehen ist (vgl. § 133 II), so wird in seiner Nichtbeobachtung in der Regel ein wichtiger Ausschließungsgrund liegen. Auch das zeigt, wie fragwürdig eine zwingende Beschränkung des Ausschließungsrechtes auf objektiv wichtige Gründe wäre. Im übrigen können beispielsweise auch weitere in den Bestimmungen der §§ 131, 133 nicht enthaltene Auflösungsgründe frei vereinbart werden. (25) Das muß aber dann mit umso größerer Berechtigung auch für die das Unternehmen nicht zerstörende Maßnahme der Ausschließung gelten, die ja gewissermaßen eine auf einen Gesellschafter beschränkte Teilauflösung der Gesellschaft bildet.

Auch prozessuale Bedenken stehen der Vereinbarung von weiteren Ausschließungsgründen nicht entgegen. Allerdings erweitern die Gesellschafter mit der Festlegung objektiv unwichtiger Ausschließungsgründe auch den Rahmen für die gestaltende Tätigkeit des Gerichts. Im Schrifttum wird diese Erweiterung aus Zweckmäßigkeitsgründen (26) zugelassen, oder deshalb, weil das Gesetz selbst die Gestaltungsklage als die für die OHG zweckmäßige Form der Verwirklichung des außerordentlichen Kündigungsrechts (§ 133) und des Ausschließungsrechts (§§ 140, 142) anerkannt habe. (27)

---

(24) Die ganze Vereinbarung wäre nach § 109 zulässig.

(25) Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 14; Schlegelberger § 133 Anm. 29; Weipert § 133 Anm. 27.

(26) Weipert § 133 Anm. 27; Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 18, Die Ausführungen betreffen zwar den Fall der Erweiterung der Auflösungsgründe (§ 133), gelten aber für das gleichliegende Problem der Ausschließung entsprechend.

(27) Hueck, OHG, § 25 V,2; Schlegelberger § 133 Anm. 29.

Die Gesellschafter können nicht eine gesetzlich nicht vorgesehene Gestaltungsklage einführen und damit die Voraussetzung für eine rechtsgestaltende gerichtliche Tätigkeit schaffen. (28) Darum handelt es sich hier jedoch gar nicht. Ist, wie hier, für einen in der fraglichen Richtung dispositiven Normenkomplex eine Gestaltungsklage vorgesehen, so können sich daraus keine Beschränkungen der vertraglichen Freiheit ergeben. Wie stark der Rahmen der Gestaltungstätigkeit des Gerichts in einem solchen Falle vertraglich erweitert werden kann, richtet sich nach der selbständig zu ermittelnden Abdingbarkeit der zugrundeliegenden materiellrechtlichen Regelung. Ihre Verknüpfung mit einer Gestaltungsklage verleiht ihr keine Unantastbarkeit. Im übrigen wird ja auch sonst der Bereich der Gestaltungstätigkeit des Gerichts weitgehend erst durch den Gesellschaftsvertrag festgelegt.

Die Grenze für die Vereinbarung beliebiger Ausschließungsgründe bildet § 138 BGB. Dabei ist allerdings nicht nur der vereinbarte Ausschließungsgrund, sondern die gesamte Ausschließungsregelung, (insbesondere die der Abfindung) und der Zusammenhang mit der sonstigen gesellschaftsvertraglichen Regelung, der Zweck des Unternehmens usw. zu berücksichtigen. Eine Entscheidung über die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung eines Ausschließungsgrundes läßt sich daher nur für den konkreten Gesellschaftsvertrag treffen. (29)

---

(28) Vgl. Fischer in seiner Anmerkung zu LM § 142 Nr.12.

(29) So kann es z.B. zweifelhaft sein, ob im Gesellschaftsvertrag wirksam vereinbart werden kann, daß die Eheschließung eines Gesellschafters einen Ausschließungsgrund bilden soll. Das BAG (NJW 57, 1688) hat Zölibatsklauseln in Arbeitsverträgen für nichtig erklärt, weil sie gegen Art. 6 Abs.1 u. Art. 1 u. 2 GG verstossen, obwohl die Vereinbarung in dem vom BAG entschiedenen Falle nicht als sittenwidrig angesehen wurde. -- Man wird die Begründung, daß durch eine solche Vereinbarung ein indirekter Zwang ausgeübt werde, der die Eingehung der Ehe erschwere, auch auf die genannte gesellschaftsvertragliche Klausel übertragen müssen, wenn sie sich als ehefeindlich erweist. Das kann jedoch für das Ausscheiden aus einer Gesellschaft nicht so generell behauptet werden, wie bei Arbeitsverträgen. Ist z.B. für das Ausscheiden von Töchtern im Falle ihrer Heirat eine besonders günstige Abfindung vorgesehen, die erkennen läßt, daß die Töchter auf diesem Wege praktisch eine Mitgift erhalten sollen, so wird man die Klausel nicht als ehefeindlich ansehen

Grundsätzlich hat der Richter bei solchen vereinbarten Ausschließungsgründen auch die Möglichkeit, die Ausschliessung im Falle ihrer Verwirklichung nicht auszusprechen, weil sie gegen Treu und Glauben verstoßen würde. (30) Nur darf durch die Anwendung des § 242 BGB im Einzelfall die klare Vereinbarung eines Umstandes als Ausschließungsgrund nicht entwertet werden. Insbesondere darf das nicht dazu führen, daß eine Ausschließung auf dem Umweg über Treu und Glauben praktisch doch nur dann erfolgt, wenn ein objektiv wichtiger Grund vorliegt, bez. der vereinbarte Ausschließungsgrund sich als solcher darstellt. (31) Das würde zum gleichen Ergebnis führen, als wenn der wichtige Grund in § 140 doch zwingendes Recht enthielte. Grundsätzlich muß daher ein Gesellschafter den von ihm verwirklichten vereinbarten Ausschließungsgrund gegen sich gelten lassen. Nur in besonderen Ausnahmefällen beim Vorliegen außergewöhnlicher Begleitumstände oder bei gesellschaftswidrigem Verhalten auch der anderen Gesellschafter

---

(30) Vgl. Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 14 mit dem Beispiel, daß ein Gesellschafter trotz Eröffnung eines Wettbewerbsgeschäftes nicht ausgeschlossen werden kann, - auch wenn das vertraglich vorgesehen ist, - wenn er ohne große Fahrlässigkeit die Einwilligung seiner Mitgesellschafter annehmen konnte.

(31) Die im Schrifttum schon für die gesetzliche Regelung geäußerten Bedenken, das Ausschließungsrecht könnte durch die Anwendung von § 242 illusorisch werden, gelten für die Fälle der Ausschließungserleichterung ganz besonders. Vgl. Barz in seiner Anmerkung zu RGDR 43,810 unter II; Hueck; OHG § 29 I 2 c ß, derselbe Gesellschaftsrecht, S. 80; Staudinger-Kessler § 737 Anm. 3.

kann die Gesamtwürdigung zu einer Versagung der Ausschließungs- oder Übernahmemöglichkeit führen. (32)

Der nach Treu und Glauben anzulegende Maßstab ist dabei durch die Vereinbarung modifiziert. Es kommt nicht mehr darauf an, ob die Ausübung des vertragsmäßigen Ausschliessungsrechtes das äußerste Mittel zur Beseitigung eines objektiv unhaltbaren Zustandes ist, sondern ob trotz der Vereinbarung, die ja in diesem Fall allein Grundlage der Ausschließung ist, die Ausschließung im Einzelfall unbillig wäre.

Sind einzelne Ausschließungsgründe aufgezählt, so ist es Sache der Auslegung, ob damit auch andere, ähnlich gelagerte Fälle gemeint sind, oder ob die Aufzählung exklusiv zu verstehen ist und sich die Ausschließung im übrigen nach der Generalklausel des wichtigen Grundes richtet. (33)

---

(32) Als unzulässig wurde beispielsweise die Ausübung des vertraglich vereinbarten Übernahmerechtes angesehen, wenn es nur dem Zweck dienen sollte, dem Übernehmenden einen besonderen Liquidationsgewinn zu verschaffen, (LM § 142 Nr. 12 = NJW 59, S. 432). Den Rechtsgedanken des § 817 BGB wendet der BGH bei der Ausschließung allerdings nicht an. (Vgl. BGH NJW 60, 625)

(33) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 140 Anm. 13.

II. Die Vereinbarung absoluter Ausschließungsgründe.

Wie erörtert besteht auch bei vertraglich vereinbarten Ausschließungsgründen die Möglichkeit, daß im Verwirklichungsfalle die Ausschließung aus Billigkeitsgründen versagt wird. Damit ist schwer voraussehbar, ob es im Einzelfall tatsächlich zu einer Ausschließung kommt. Zur Sicherung, oder weil bei bestimmten Ausschließungsgründen besonderes Interesse daran besteht, daß die Ausschließung auch wirklich durchgeführt wird, werden häufig sogenannte absolute Ausschließungsgründe vereinbart. Diese sollen die Ausschließung unter allen Umständen rechtfertigen (34), ohne im Einzelfall Erwägungen aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben Raum zu geben.

Die Literatur gibt, soweit sie diese Frage überhaupt berührt, keine nähere Begründung für die Zulässigkeit dieser Vereinbarung. (35) Auch das RG formuliert sehr unsicher. (36) In der neueren Rechtsprechung wurde das Problem so-

(34) Andere Formulierungen: Weipert § 127 Anm. 15 (Gründe, die die Entziehung "unbedingt" rechtfertigen); RG24, 140 (Absolute Ausschließungsgründe, die jede Erwägung des erkennenden Richters ausschließen), und wenig glücklich Baumbach-Duden § 117 Anm. 5B (absolute, im Streitfall nicht auf Wichtigkeit nachprüfbare "Entziehungsgründe"). Denn es kann sich ja auch um Gründe handeln, bei denen die Frage der objektiven Wichtigkeit keine Rolle spielt. Gemeint ist wohl auch die Ausschaltung von Treu und Glauben.

(35) Vgl. Heymann-Kötter § 140 Anm. 3 und weiter die in der obigen Anmerkung genannten, die die Vereinbarung absoluter Ausschließungsgründe für die Fälle der Entziehung der Vertretungsmacht, bez. Geschäftsführungsbefugnis ausdrücklich für zulässig halten. Für die Ausschließung kann man die gleiche Ansicht daher unterstellen. Das gilt auch für die in Anmerkung 19 Genannten, die eine beliebige Erweiterung der Ausschliessungsgründe in den Grenzen des § 138 BGB für zulässig halten, auch wenn sie die Vereinbarung absoluter Ausschließungsgründe nicht ausdrücklich erwähnen.

(36) RGZ 24,140: "Sicherlich wird es den Gesellschaftern freigestanden haben, einen derartigen absoluten Ausschließungsgrund im Gesellschaftsvertrag aufzustellen."

weit ersichtlich noch nicht behandelt. Auch finden sich keine Ausführungen darüber, welche Wirkung eine solche Vereinbarung im Falle ihrer Zulässigkeit hat.

Zweifel über die Gültigkeit der Vereinbarung absoluter Ausschließungsgründe im hier verstandenen Sinne könnten sich aus der Eigenart der Klausel ergeben, daß ihr eine teilweise, auf den einzelnen absoluten Ausschließungsgrund bezogene Eliminierung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) immanent ist. Als "Grundgebot der Rechtlichkeit" ist das Prinzip des § 242 jedoch unabdingbar, und setzt wie jede zwingende Vorschrift, der Privatautonomie Schranken. (37) Eine Vereinbarung, nach der etwa generell für das Gesellschaftsverhältnis die Grundsätze von Treu und Glauben nicht angewandt werden sollen, wäre daher nichtig. (38) Dasselbe muß aber auch grundsätzlich für einen allgemeinen Ausschluß dieses Prinzips für einen bestimmten Teilbereich des Gesellschaftsverhältnisses, wie etwa den der Ausschlußgründe oder auch nur eines einzelnen Ausschließungsgrundes gelten. (39) Die Elastizität des Prinzips von Treu und Glauben gestattet den Parteien in weitestem Umfange konkrete Vereinbarungen. Seine zwingende Natur schließt jedoch jede unmittelbar gegen es selbst gerichtete Klausel aus.

---

(37) Vgl. Larenz I S. 102.

(38) Vgl. Goetz Hueck, S. 268.

(39) Vgl. auch Barz in seiner Anmerkung zu RGDR 1943 unter II. Barz hält ganz allgemein die Möglichkeit der Nachprüfung der Ausschließung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben für unabdingbar.

Daher können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zwar zum Ausdruck bringen, daß sie bei bestimmten oder allen im Gesellschaftsvertrag genannten Ausschließungsgründen unbedingt die Durchführung der Ausschließung wollen. Sie können dieses Ziel jedoch aus den oben geschilderten Gründen nicht dadurch erreichen, daß sie diese Fälle generell der Beurteilung nach Treu und Glauben, dem unabdingbaren Grundprinzip ihres gegenseitigen Vertrauensverhältnisses, entziehen. Auch bei absoluten Ausschließungsgründen kann und muß daher die Ausschließung im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gewürdigt werden. (40) Dabei ist dann allerdings zu berücksichtigen, daß die Gesellschafter durch diese Betonung bestimmter Ausschließungsgründe in diesen Fällen von vornherein größeren Wert auf Sicherheit, als auf Billigkeit im Einzelfall gelegt und sich mit einer rigoroseren Behandlung abgefunden haben. Bei Mitberücksichtigung dieses Parteiwillens innerhalb der Gesamtumstände wird ein Verstoß gegen Treu und Glauben bei der konkreten Ausschließung nur in noch selteneren Sonderfällen vorliegen, als es ohne diese "Absolutheitsvereinbarung" der Fall wäre. (41) Die Vereinbarung "absoluter" Ausschließungsgründe ist demnach mit der Wirkung einer innerhalb des § 242 BGB zu berücksichtigenden besonders starken Betonung dieser Ausschließungsgründe wirksam.

---

(40) Vgl. auch Gogos S. 65. Auch bei absoluten Entziehungsgründen (§ 117) sei für die Entziehung im Einzelfall Voraussetzung, daß die übrigen Gesellschafter sich makelfrei verhalten und nicht selbst mit dem Entziehungsgrund innerlich zusammenhängende Verfehlungen begangen haben.

(41) Die von Goetz Hueck S. 267 vertretene Ansicht widerspricht dem hier Gesagten nicht. Es heißt dort, daß es denkbar sei, daß man im konkreten Fall mit einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Maßnahme einverstanden sein, ja sie vertraglich auf sich nehmen und sie so von ihrer Treuwidrigkeit befreien könne. Das bedeutet aber nur, daß der Gesellschafter eine treuwidrige Ausschließung akzeptieren kann. Es heißt aber nicht, daß eine Maßnahme vertraglich der Beurteilung nach Treu und Glauben entzogen werden kann, sondern nur, daß bei Mitberücksichtigung der Unterwerfung des Gesellschafters unter diese Maßnahme diese sich unter Umständen nicht mehr als treuwidrig darstellt.

III. Die unterschiedliche Erweiterung der Ausschließungsgründe für einzelne Gesellschafter.

Eine individuell verschiedene Festlegung von zusätzlichen Ausschließungsgründen für einzelne Gesellschafter kann auf den ungleichen sachlichen und persönlichen Gegebenheiten bei den einzelnen Gesellschaftern beruhen. (42) Diese Vereinbarungen verstoßen nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, der anerkanntermaßen als allgemeines Ordnungsprinzip das Verbandsrecht und auch das Recht der OHG beherrscht. (43) Eine ungleiche Behandlung liegt in diesem Fällen nach der Relativität des Gleichbehandlungsgedankens schon deshalb nicht vor, weil bei den äußerlich ungleich behandelten Gesellschaftern nicht die gleichen Voraussetzungen gegeben sind. (44)

Aber auch wenn das nicht der Fall ist, tritt der Grundsatz der Gleichbehandlung regelmäßig hinter dem der Vertragsfreiheit zurück. (45) Man würde die Elastizität des Privatrechts beseitigen, wenn man die Gleichbehandlung absolut, von den Parteibedürfnissen und vom Parteiwillen losgelöst schematisch durchsetzen wollte. Der Grundsatz gilt nur als Regel, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Im Rahmen des § 138 können daher Ausschließungsgründe für die einzelnen Gesellschafter unter-

---

(42) Übt beispielsweise ein Gesellschafter eine bestimmte Funktion innerhalb der Gesellschaft aus, dann können damit zusammenhängende Ereignisse ausschließlich für ihn als Ausschließungsgründe vereinbart werden. Oder es wird für einen Gesellschafter die Wohnsitzverlegung als Ausschließungsgrund vereinbart, für einen anderen, der die Reisetätigkeit ausübt, nicht.

(43) Vgl. Goetz Hueck eingehend S. 35 ff mit weiteren Hinweisen in Anm. 1, ebenso Hueck, OHG § 9 III unter Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung in Anm. 8, vgl. auch Schlegelberger § 109 Anm. 22.

(44) Goetz Hueck, S. 173 ff., S. 259 Anm. 17, Hämmerlein S. 30.

(45) Goetz Hueck, S. 251 ff., insbes. 258 unter d und mit weiteren Angaben in Anm. 16.

schiedlich festgesetzt werden.

Der Gesellschaftsvertrag kann auch vorsehen, daß die Mehrheit das Recht haben soll, nachträglich durch Beschluß ungleiche Ausschließungsvoraussetzungen festzulegen, etwa die Ausschließung eines bestimmten Gesellschafters zu erleichtern. (46) Es ist dann Sache der Auslegung, zu ermitteln, inwieweit nachträglich festgelegte Ausschließungserleichterungen durch eine solche Klausel gedeckt sind. (47) Ist z.B. nicht näher konkretisiert, in welcher Richtung die Ausschließungsgründe für einen Gesellschafter erweitert werden können, so wird man es im Zweifel nicht für zulässig ansehen dürfen, daß gegen diesen Gesellschafter nachträglich ein absolutes Ausschließungsrecht festgelegt wird. Doch kann auch dieses eingeführt werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist. Eine sittenwidrige Abhängigkeit von der Willkür der Mehrheit wird dadurch nicht begründet, da der Unterwerfungsbereich in diesem Falle nicht größer ist, als wenn von vornherein ein absolutes Ausschließungsrecht vereinbart wird. (48) Die nachträgliche Festlegung weiterer Ausschliessungsgründe für einen Gesellschafter kann als Warnung gedacht sein und ist dann auch gegen seinen Willen möglich, da er sich im Gesellschaftsvertrag dieser Möglichkeit unterworfen hat.

---

(46) Vgl. dazu Hueck, OHG, § 9 III, Anm. 7 allgemein über die Eröffnung der Möglichkeit ungleicher Behandlung durch Mehrheitsbeschluß im Gesellschaftsvertrag.

(47) Vgl. Schlegelberger § 119 Anm. 7 mit weiteren Hinweisen.

(48) Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung wird unter § 3 V behandelt.

IV. Die Zulässigkeit einer Vereinbarung, die es ermöglicht den Erben wegen Verfehlungen des Erblassers auszuschließen.

Die herrschende Auffassung hält es nach der gesetzlichen Regelung des § 140 nicht für zulässig, daß der fortsetzende Erbe wegen Verfehlungen des Erblassers ausgeschlossen wird. (49) Der Grund dafür ist im Wegfall der Unternehmensgefährdung zu sehen, wenn der Gesellschafter ausscheidet, durch dessen gesellschaftswidriges Verhalten diese Gefährdung herbeigeführt worden war. Mit dem Tode des pflichtwidrig handelnden Gesellschafters entfällt auch das Schutzbedürfnis der Gesellschaft. Diesen Umstand berücksichtigt die zu konstruktiv argumentierende Gegenauffassung (50) nicht genug. Doch kann ein in der Person des Erblassers gegebener Ausschließungsgrund u.U. auch zu einem solchen in der Person des Erben werden. (51)

Dagegen bestehen jedoch keine Bedenken, daß die Gesellschafter vertraglich ausdrücklich bestimmen, daß die Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters fortgesetzt wird, daß diese aber aus in der Person des Erblassers

---

(49) Weipert § 140 Anm. 4, Schlegelberger § 140 Anm. 3, Hueck OHG, § 29 I 2 c ß und Anm. 9; derselbe NJW 51, S. 651 unter 3; Baumbach-Duden, § 140 Anm. 2 A unter Hinweis auf OHG 3,211, BCHZ1,330, vgl. auch BCH BB 58,58, wo die Möglichkeit der Ausschließung des fortsetzenden Ehemannes wegen einer Verfehlung der Ehefrau, die ursprünglich Gesellschafterin war, verneint wurde.

(50) Hachenburg JW 25,244, der die Auffassung vertritt, der Erbe müsse die Rechtsposition des Erblassers so gegen sich gelten lassen - also mit dem Makel des verwirklichten Ausschließungsgrundes behaftet, - wie er sie erwerbe. Dem gerade wesentlichen Wechsel in der Person des Gesellschafters wird keine Bedeutung zugemessen.

(51) Weipert a.a.O. Ist z.B. der Erblasser mit seiner Einlabe in Verzug, und leistet auf Mahnung auch der Erbe nicht, so ist dieser Ausschließungsgrund auch in seiner Person gegeben. (Düringer - Hachenburg § 140 Anm. 12).

liegenden Gründen ausgeschlossen werden können. Das ergibt sich schon aus der Erwägung, daß es ja überhaupt der freien Vereinbarung der Gesellschafter unterliegt, zu bestimmen, ob sie die Gesellschaft mit den Erben von Gesellschaftern fortsetzen wollen oder nicht. (§§ 131 Ziff. 4,139 I) Dann müssen sie aber auch die Freiheit haben, sich vorzubehalten, daß sie sie ausnahmsweise bei in der Person des Erblassers liegenden Umständen wieder ausschließen wollen. Hier erlangt der Erbe von vornherein eine schwächere Rechtsposition, die der Erblasser aber zu Lebzeiten festgelegt hatte. Die gesetzliche Regelung, daß eine Ausschließung nur bei in der Person des Auszuschliessenden selbst liegenden Gründen erfolgen dürfe, gilt nur insoweit, als nichts anderes vereinbart ist.

Für derartige Vereinbarungen kann auch durchaus ein Bedürfnis bestehen. Oft wird es sich um Familiengesellschaften handeln. Die Erben des Erblassers sind in der Regel seine nächsten Verwandten, etwa die Söhne, die oft als spätere Mitinhaber des Unternehmens schon zu Lebzeiten des Vaters im Geschäft mitarbeiten. Gab der Vater den anderen Gesellschaftern einen Ausschließungsgrund, dann wird der Sohn meist die Partei des Vaters ergreifen. Auf Grund der Fortsetzungsklausel sähen sich dann die übrigen Gesellschafter beim Tode des Vaters gezwungen, die Gesellschaft mit dem Sohn von vornherein unter einem gewissen Spannungsverhältnis fortzuführen, das noch aus dem gegen den Vater bestehenden Ausschließungsgrund resultiert.

V. Das absolute Ausschließungsrecht.

1. Der Begriff.

Unter dem absoluten Ausschließungsrecht ist die äußerste Erweiterung der Ausschließungsgründe, also ein Extremfall zu verstehen. Die Gesellschafter wollen in diesem Falle der Mehrheit oder allen anderen Gesellschaftern vertraglich das Recht zur Ausschließung eines von ihnen gewähren, ohne daß es an die Voraussetzung gebunden ist, daß ein bestimmtes oder zu einer bestimmten Kategorie (z.B. "wichtiger Grund") gehöriges Ereignis eintritt. Die Ausschliessung des betroffenen Gesellschafters soll lediglich vom Willen der anderen Gesellschafter oder der festgesetzten Mehrheit abhängen. Sie soll völlig von dem Erfordernis eines besonderen Ausschließungsgrundes gelöst werden. Insofern ist die Bezeichnung "absolutes Ausschließungsrecht" gerechtfertigt und Formulierungen wie "willkürliches Ausschließungsrecht" oder "Ausschließung nach Belieben" vorzuziehen, weil ihr der wertende Unterton fehlt. Diese Formulierungen wählen zur Charakterisierung das Fehlen von Motiven, das nicht entscheidend und auch nicht die Regel ist. Auch entspringen sie einer Betrachtungsweise, die die zugestandenermaßen große Gefahr des Mißbrauches von vornherein in den Vordergrund stellt.

Das absolute Ausschließungsrecht kann in den Gesellschaftsverträgen in der verschiedenartigsten Form erscheinen (52). In vielen Fällen ist dann erst durch Auslegung zu ermitteln, ob allein der Wille der übrigen Gesellschafter (bez. einer bestimmten Mehrheit) oder noch weitere Ereignisse die Voraussetzungen für die Ausschließung sein sollen.

---

(52) z.B.: "Ein Gesellschafter kann jederzeit dadurch ausgeschlossen werden, daß die Mehrheit es beschließt", aber auch versteckter: "Wenn die Mehrheit ein weiteres Verbleiben in der Gesellschaft für schädlich hält",... "wenn zu einem Gesellschafter kein Vertrauen mehr besteht", u.ä.

2. Stellungnahme im Schrifttum.

Die die Zulässigkeit des absoluten Ausschließungsrechtes verneinende Auffassung weist vor allem auf die Möglichkeit des Mißbrauchs hin und nimmt diese Möglichkeit zum eigentlichen Ausgangspunkt. Man könne die Ausschließung nicht dem freien Belieben der anderen oder einer Mehrheit überlassen, darin liege eine sittenwidrige Unterwerfung unter die Willkür anderer. (53) Die enge persönliche Zusammenarbeit sei leicht geeignet, unter den Gesellschaftern Reibungen hervorzurufen. Bei Bestehen einer solchen Vereinbarung sei auch die Gefahr gegeben, daß die Ausschließung aus nichtigen und geringfügigen Anlässen durchgeführt werde. (54) Eine das absolute Ausschließungsrecht beinhaltende Vertragsklausel wird auch von der italienischen Literatur zu den Art. 2286 ff. des codice civile aus konstruktiven Gründen für unwirksam gehalten. (55)

---

(53) Makower § 140 Anm.IV; eine Ausschließung nach billigem Ermessen will er allerdings zulassen.

(54) Wieland, I, S. 717, vgl. auch Note 15.

(55) Vgl. Auletta, S. 673 ff. und die dort in Anmerkung 1 Angeführten. Siehe auch Ferri, Kommentar zum codice civile, 1955, S. 243. -- Eine solche Konstruktion der Klausel, wonach das Ausschließungsrecht direkt aus dem Vertrag entsteht, ohne daß es von der Verwirklichung eines bestimmten Ausschließungsgrundes abhängt, sei ein Widerspruch gegen jede Logik. Es sei im Grunde ein widersprüchlicher Wille bei der Vertragsbildung selbst vorhanden, sozusagen eine Unentschlossenheit der Gesellschafter, die noch im Gesellschaftsvertrag ihren Niederschlag gefunden habe. Denn es sei widerspruchsvoll, einerseits die Gesellschaftsbeziehung zu wollen, aber gleichzeitig zu vereinbaren, daß sie in Bezug auf einen einzelnen Gesellschafter beseitigt werden kann, ohne daß sich die Umstände irgendwie geändert haben. In Wirklichkeit werde die Ausschließung nicht beschlossen, wenn nicht irgendein Interesse der Mehrheit daran besteht und wenn nicht irgendwelche Vorkommnisse gegeben sind, aus denen ein solches Interesse entsteht. Mossa, "Trattato del Nuovo Diritto Commerciale" 1951, Band 2, S. 644 geht soweit zu behaupten, daß es bei Zulassung einer solchen Vereinbarung so angesehen werden müsse, "come se la società in nome colletivo non si fosse costituita", als ob ein Gesellschaftsvertrag nicht geschlossen worden sei.

Die heute herrschende Auffassung läßt die Vereinbarung einer absoluten Ausschließungsbefugnis zu. (56)
Zur Begründung dienen die Vertragsfreiheit und die Gesellschaftsautonomie, die einen so weiten Umfang habe, daß sie die besagte Klausel gestatte. Das zeige sich insbesondere, wenn man die Klausel in ihre Bestandteile auflöse. Es werde den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht eingeräumt und gleichzeitig vereinbart, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle. (§§ 132, 138 HGB) An einer solchen Vereinbarung nehme niemand Anstoß und die Kündigung könne ohne jeden Grund erfolgen. (57) Die offene Handelsgesellschaft begründe unter den Gesellschaftern ein Vertrauensverhältnis, und es sei begreiflich, daß die Gesellschafter nur solange zusammenarbeiten wollen, als dieses Vertrauen unter ihnen bestehe. So könne der gute Sinn dieser Vereinbarung darin liegen, daß die Gesellschafter jeweils nach ihrem Ermessen beurteilen wollen, wann dieses gegenseitige Vertrauen zu einem bestimmten Gesellschafter nicht mehr besteht, und ob sie dann die Zusammenarbeit mit diesem Gesellschafter durch Lösung der gesellschaftlichen Beziehung beenden wollen. (58) Außerdem sei das gleiche Ergebnis, die Ausschließung ohne Grund, auch leicht auf einem Umweg zu erreichen: Die Auflösung der Gesellschaft könne auch durch Beschluß der Gesellschafter erfolgen, (§ 131 Nr. 2) wobei auch Mehrheitsbeschluß vorgesehen werden könne. Gleichzeitig könne eine besondere Art der Liquidation festgelegt werden, etwa, daß das Unternehmen im ganzen zu veräußern sei. Findet sich eine Mehrheit, könne sie die Ge-

---

(56) Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 15; Weipert § 140 Anm. 32; Schlegelberger § 140 Anm. 19; Ritter § 140 Anm. 5; Hueck, OHG, § 29 I,2 b; derselbe Gesellschafterbeschlüsse, S. 722; derselbe Gesellschaftsrecht S. 41; ebenso für die Ausschließung aus der BGB Gesellschaft Staudinger - Kessler § 737 Anm. 12; Fischer in RGRK § 737 Anm. 5.

(57) Düringer-Hachenburg, § 140 Anm. 15.

(58) Hueck, OHG, § 29,I,2 b.

sellschaft auflösen, das Unternehmen erwerben und ohne den mißliebigen Gesellschafter eine neue Gesellschaft gründen. Das sei aber nichts anderes als eine Ausschliessung. Es sei nicht einzusehen, weshalb dieser Umweg nötig sein solle, an dem niemand, auch der Ausgeschlossene nicht, Interesse habe. (59) Schließlich wird auf die Regelung bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 737 BGB) und beim Verein Bezug genommen, wo nach allgemeiner Auffassung eine freie Ausschließungsmöglichkeit vereinbart werden kann. (60) Die Rechtsprechung hat sich bisher soweit ersichtlich noch nicht näher mit der in Frage stehenden Klausel zu befassen brauchen. Lediglich beiläufig haben sich verschiedentlich Entscheidungen ohne nähere Begründung für die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ausgesprochen. (61)

3. Eigene Ansicht.

Der herrschenden Auffassung ist zuzustimmen. Vor allem stellt sie die wirkliche Interessenlage in den Vordergrund.

Die Gesellschafter wollen sich mit einer solchen Klausel rechtlich die Möglichkeit völlig freien Ermessens sichern, aber in der Regel aus bestimmten Gründen. Einmal kann ein Ereignis vorliegen, das die Gesellschafter als Ausschliessungsgrund bewerten, von dem aber noch nicht feststeht, ob es einen wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes bildet

(59) So vor allem Hueck Gesellschafterbeschlüsse S. 722.

(60) Vgl. Nachweise bei Hueck a.a.O. S. 723, Fußnote 30. Siehe auch Anm. 56.

(61) BGH in BB 57,1086, RG in DR 43,809, RG in ZAkDR 38, 818 mit auch diesbezüglich zustimmender Anmerkung von Grossmann-Doerth.

oder zu einer eventuellen Aufzählung oder unter eine gesellschaftsvertragliche Generalklausel gehören würde. Außerdem ist es oft ein weiter Weg vom Vorliegen eines Ausschließungsgrundes bis zu seinem Beweis vor Gericht. Hier kann, um es einmal extrem zu formulieren, die vertragliche Sicherung der Willkür unfruchtbare Streitigkeiten vermeiden helfen, die schließlich damit enden könnten, daß das durch den Prozeß noch mehr strapazierte Verhältnis zu dem Mitgesellschafter weiterhin aufrechterhalten werden muß, etwa weil der Beweis nicht glückte, und sich die Gesellschafter nicht zur Auflösung entschließen können. Meistens wollen aber die Gesellschafter, worauf Hueck (s.o.) eingehend hinweist, nur solange zusammenarbeiten, als wirklich Vertrauen unter ihnen besteht. Dieses Vertrauen kann auch durch eine Reihe von Kleinigkeiten erschüttert werden, etwa der zunehmenden Interesselosigkeit eines Gesellschafters, die gar nicht mit einer Pflichtverletzung Hand in Hand zu gehen braucht. Der Verlust des Vertrauens kann schließlich auch auf dem persönlichen Eindruck der Gesellschafter beruhen. Selbst wenn dieser Eindruck keine handfesten realen Grundlagen hat und von Imponderabilien bestimmt ist, die einer objektiven Bewertung entzogen sind, bleibt die Tatsache des nicht mehr vorhandenen Vertrauens bestehen. Es kann aber sein, daß die Gesellschafter von vornherein wollen, daß dieses persönliche Vertrauensverhältnis unter ihnen entscheidend sein soll, weil sie glauben, daß davon Gedeih und Verderb des Unternehmens abhängen. (62) Die Gesellschafter können sich aber auch die Möglichkeit sichern wollen, einen Gesellschafter aus Zweckmäßigkeitserwägungen auszuschließen, die nichts mit der Person

---

(62) Die entscheidende Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens der Gesellschafter für den Bestand einer Personalgesellschaft hat auch der BGH wiederholt betont. Vgl. LM Nr. 4 zu § 133, Nr. 2 zu § 142 = BGHZ 4, 109 ff. (113) = NJW 52,461. In der letztgenannten Entscheidung erkannte der BGH die objektive Zerstörung der Vertrauensgrundlage zwischen den Gesellschaftern als wichtigen Grund im Sinne des § 142 an.

des Ausgeschlossenen und dem Vertrauen zu ihm zu tun haben. Erkennen die Gesellschafter z.B., daß nicht der erwartete Gewinn erzielt wird, so können sie einen oder mehrere von ihnen mit einer geringeren Beteiligung ausschließen, weil ihre Abfindung die Gesellschaft am wenigsten belastet und die Kapazität des Unternehmens nur wenig verringert. Solche Erwägungen können bereits bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages zu einer Vereinbarung des absoluten Ausschließungsrechtes führen. Schließlich kann die Einräumung des freien Beliebens zweckmäßig sein, um nachträglich aufgenommene Gesellschafter, die sich nicht bewähren, wieder aus der Gesellschaft zu entfernen. (63) Sinn dieser Beispiele ist nur, die breite Basis von durchaus gerechtfertigten Interessen zu zeigen, die hinter dieser Klausel stehen können. Die Möglichkeit des Mißbrauches erscheint demgegenüber als Ausnahmefall. In der Regel werden die Gesellschafter bei einer solchen Klausel der vertraglichen Regelung des Abfindungsguthabens besondere Aufmerksamkeit widmen und zumindest ebenso günstige, wenn nicht günstigere Berechnungsmethoden vorsehen als bei der Ausschließung aus wichtigem Grund. Dann ist schon die Tatsache des Abfindungszwanges ein sehr wirksamer Schutz gegen eine mißbräuchliche oder auch nur willkürliche Ausnutzung der absoluten Ausschließungsmöglichkeit. Denn oft wird es sich bei den Einlagen einer meist nur aus wenigen Gliedern bestehenden OHG um Vermögenswerte handeln, die nicht einfach ausbezahlt werden können, zumindest nicht, ohne das Unternehmen zu gefährden.

Für die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit der absoluten Ausschließungsklausel gilt es, ihren gesamten Umfang ins Auge zu fassen und alle Möglichkeiten, die sie eröffnet. Das absolute Ausschließungsrecht gestattet eine

---

(63) Weipert § 142 Anm. 22.

Ausschließung in allen Fällen, in denen sie auch nach dem Gesetz zulässig wäre und umfaßt im Grunde alle möglichen Fälle von Spezialvereinbarungen, sowie darüber hinaus die Möglichkeit der kündigungsähnlichen, voraussetzungslosen Ausschließung.

Dieser komplexe Inhalt der Ausschließungsklausel macht es schwierig, sie als Ganzes einheitlich einem bestimmten Maßstab wie dem der Sittenwidrigkeit zu unterstellen. (64) Entschieden werden kann hier auch nur die Frage, ob die Klausel absolut sittenwidrig ist, nicht aber, ob sie in Verbindung mit weiteren Vereintarungen sittenwidrig sein kann. (65) Diese "relative" Sittenwidrigkeit (66) hängt immer von der Gestaltung des gesamten individuellen Gesellschaftsvertrages ab. Sittenwidrig und damit nichtig (§ 138 BGB) wäre die Vereinbarung dann, wenn sie nach Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen einen gewissen ethischen Standard ("das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden") verstieße. (67) Grundsätzlich liegt ein solcher Verstoß in der Auslieferung an die schrankenlose Willkür eines anderen. (68) Für das Gesellschaftsrecht hat dieser

---

(64) Eine allgemeine inhaltliche Aufgliederung der Vereinbarung (wie sie oben umschreibend versucht wurde) ist nicht möglich, da es an generell ausscheidbaren Teilen der Klausel fehlt. Damit ist auch für die Anwendung des § 139 BGB kein Raum.

(65) Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob ein auf Grund der Klausel ergehender konkreter Ausschließungsbeschluß wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles nichtig ist. Der Ausschließungsbeschluß ist ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft und kann durch seinen Inhalt oder sein Zustandekommen gegen § 138 BGB verstoßen.

(66) Vgl. zu der Unterscheidung Staudinger § 138 Anm. 16 f.

(67) Vgl. statt aller Staudinger § 138 Anm. 3, Soergel § 138 Anm. 1.

(68) Vgl. Staudinger § 138 Anm. 7c,18w, siehe auch Schlegelberger § 119 Anm. 7, Baumbach-Duden § 119 Anm. 2 B, Hueck, OHG, § 11,V,2; sowie BGHZ 20,370 bezüglich Einräumung eines mehrfachen Stimmrechts.

Grundsatz insbesondere in der Rechtsprechung des RG und des BGH nähere Ausgestaltung erfahren, wonach die Befugnis der Mehrheit zur Erhöhung der Beiträge durch Beschluß nur unter der Festsetzung bestimmter Grenzen vorgesehen, nicht aber der freien Willkür der Mehrheit überlassen werden kann. (69) Inwieweit die Grundsätze dieser Rechtsprechung allgemein auf andere Beschlußgegenstände und damit auch auf die Ausschließung auszudehnen sind, und anzunehmen ist, die Vereinbarung des freien Ermessens ohne Grenze sei unzulässig, braucht hier nicht entschieden zu werden. Es besteht ein grundlegender Unterschied: Bei der Erhöhung der Beiträge durch Mehrheitsbeschluß handelt es sich um eine Leistungsbestimmung. Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter zu einer eventuellen Erhöhung der Beiträge. Die Bestimmung der Höhe bleibt jedoch dem freien Ermessen der Mehrheit überlassen. (70) Bei der Beitragserhöhung steht also der Eintritt und der Umfang der Rechtsfolge, d.h. der neuen Beitragsverpflichtung, im Belieben der Mehrheit. Bei der Ausschließung handelt es sich dagegen um eine von vornherein fest bestimmte Rechtsfolge: Verlust der Gesellschafterstellung und Abfindung. Nur der Eintritt dieser Folge ist in das Belieben der Mehrheit gestellt. Wenn sich aber jemand nur hinsichtlich einer so festbestimmten, wenn auch sehr einschneidenden Rechtsfolge der Willkür der Mehrheit unterwirft, so kann nicht mehr davon die Rede sein, daß er es in schrankenlosem Umfange tut. Der analog zu bildende Fall wäre vielmehr der, daß die Höhe der Beiträge, oder die Höchstgrenze festbestimmt ist, und nur die Entscheidung, ob von dieser Erhöhungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, in das Belieben der Mehrheit gestellt ist. Die Wirksamkeit

---

(69) Düringer-Hachenburg § 119 Anm. 3, RGZ 91,166; 151,321 (327); 163,385 (391); vgl. auch BGH in NJW 53,102.

(70) Auch eine gewöhnliche schuldrechtliche Verpflichtung kann in der Regel nicht dadurch begründet werden, daß das bloße Belieben des Gläubigers über den Umfang des Leistungsgegenstandes entscheiden soll. (Vgl. Enneccerus-Lehmann, S. 26).

einer solchen Vereinbarung unterliegt aber nach der angeführten Rechtsprechung keinem Zweifel.

Der Inhalt der absoluten Ausschließungsklausel, die Unterwerfung unter das Ermessen der übrigen Gesellschafter oder einer Mehrheit, ist daher nicht sittenwidrig. Auch das Gesetz läßt die Möglichkeit zu, daß die Bestimmung der Leistung in einem Schuldverhältnis dem freien Ermessen eines Dritten überlassen werden kann. (§ 319 II BGB) Wie die Bestimmung jedoch betont, ist eine Entscheidung, die offenbar unbillig ist, unverbindlich. Gilt das von einer Ermessensentscheidung schon innerhalb eines gewöhnlichen Schuldverhältnisses, so erst recht innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses, durch das erhöhte Treupflichten begründet werden. Auch die Vereinbarung des absoluten Ausschließungsrechtes steht daher unter dem durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages begründeten Treueverhältnis. (71)

Der Zweck der Vereinbarung liegt darin, die Möglichkeit zu schaffen, jederzeit einen oder mehrere Gesellschafter aus der Gesellschaft zu entfernen. Für den Fall des in der Person eines Gesellschafters eintretenden wichtigen Grundes eröffnet das Gesetz diesen Weg in § 140 selbst. Das Ziel der Gesellschafter, sich bei Beschreitung dieses Weges eine möglichst große Freiheit zu sichern, ist ebenfalls nicht verwerflich.

Die möglichen Beweggründe für die Vereinbarung wurden bereits bei der Darlegung der Interessenlage (Vgl. S. 27) geschildert. Über ihre Motive wollen die Gesellschafter so

(71) Vgl. Fischer RGRK Anm. 5. Weigert sich z.B. ein Gesellschafter, sich an einer Steuerhinterziehung oder einer steuerlich undurchsichtigen Maßnahme zu beteiligen, so wäre eine Ausschließung dieses Gesellschafters unwirksam, wenn sie als Vergeltungsmaßnahme für eine solche Nichtbeteiligung anzusehen wäre. Wird das eingeräumte Ermessen dazu verwendet, einen Gesellschafter auszuschließen, weil er sich gesetzestreu verhalten hat, dann ist dieser Gebrauch des Ermessens rechtsmißbräuchlich.

wenig als möglich Rechenschaft geben. Es gibt Beweggründe, die die Ausschließung im Einzelfall sittenwidrig machen, so z.B. die Absicht, den Ausscheidenden in rücksichtslosem Eigennutz zu schädigen. Das kann aber immer nur auf Grund der gesamten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Für die Bejahung der Wirksamkeit der Klausel im allgemeinen genügt die Erkenntnis, daß, wie die Erörterung der Interessenlage gezeigt hat, der Einführung der Klausel in den Gesellschaftsvertrag in der Regel keine rechtlich nicht schutzwerten Interessen und Absichten zugrundeliegen. Wollen aber die Gesellschafter nichts anderes als sich sozusagen vertraglich auf die Schranken des Gesetzes zurückziehen (72), so ist dagegen nichts einzuwenden. Allerdings ist es dann genauer, nicht mehr von freiem Ermessen, sondern von dem durch allgemeine Rechtsschranken gebundenem Ermessen zu sprechen. Man könnte es mit Rücksicht auf die Treupflicht auch billiges Ermessen nennen.

Zur Unterstützung der Begründung sei noch darauf hingewiesen, daß sich das gleiche Ergebnis auf zwei weiteren Wegen erreichen läßt, bei denen die Frage der Sittenwidrigkeit soweit ersichtlich, überhaupt noch nicht in Erwägung gezogen wurde. (73)

---

(72) Dieser Wille findet manchmal auch im Gesellschaftsvertrag Ausdruck, wie z.B. in dem vom RG JW 35,696 entschiedenen Fall, wo die Gesellschafter vereinbart hatten, daß keinem von ihnen aus irgendeinem wichtigen Grund die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden könne, "soweit diese Vereinbarung rechtlich möglich ist".

(73) Streng logisch ist diese Beweisführung natürlich nicht, weil sie im Grunde voraussetzt, was erst bewiesen werden soll, nämlich daß die Sonderregelung des § 140 der Wirksamkeit der folgenden Klauselkombinationen nicht entgegensteht. Jedoch begründen diese Möglichkeiten ein Indiz dafür, daß die Vertragsfreiheit auch das Gebiet der Ausschließung voll beherrscht.

Einmal kann, wie bereits dargestellt wurde, (Vgl. S. 26) eine Auflösungsvereinbarung mit einer Liquidationsvereinbarung in einer Weise verknüpft werden, die die Möglichkeit eröffnet, daß die Mehrheit der Gesellschafter ohne den Mißliebigen eine neue Gesellschaft gründet, das Unternehmen erwirbt und fortführt. Wie Hueck (74) betont, ist ein gerechtfertigtes Interesse von irgendeiner Seite an der Einhaltung gerade dieses Verfahrens nicht ersichtlich. Vor allem stehen nicht die Interessen Dritter, etwa der Gesellschaftsgläubiger auf dem Spiel. Diesen haftet auch der Ausgeschlossene persönlich weiter. (75) Der Ausscheidende kann allenfalls ein Interesse an der Auflösung haben, wenn er auf Grund besonderer Vertragsbestimmungen erwarten kann, bei ihr besser abzuschneiden, als bei der Ausschliessung. Daran hätte er aber bei der Ausgestaltung der vertraglichen Regeln denken müssen. Im übrigen aber kann es ihm gleichgültig sein, ob er ausgeschlossen, oder ob die Gesellschaft aufgelöst wird, und die übrigen Gesellschafter ohne ihn eine neue Gesellschaft gründen. Das Argument, die Gesellschafter würden von diesem Weg zurückhaltender Gebrauch machen, ist gewiß nicht gerechtfertigt, zumal wenn man berücksichtigt, daß die angeführte Klauselkombination eigens zur Ermöglichung der grundlosen Ausschließung in den Gesellschaftsvertrag eingeführt werden würde, und alle Gesellschafter sich darüber im klaren sind. Selbst wenn man aber ein gewisses Interesse des Auszuschließenden an dem mit größerem Risiko der übrigen Gesellschafter verbundenen Wege einräumen wollte, wäre nicht einzusehen, weshalb er ein Recht darauf haben sollte.

Schließlich kann der Gesellschaftsvertrag durch eine besondere Ausgestaltung des Kündigungsrechtes (§§ 132 und 138 HGB) ebenfalls das Ausscheiden eines Gesellschafters

---

(74) Gesellschafterbeschlüsse, III,4 d.

(75) Hueck a.a.O. Note 34, Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 A.

im Grunde allein von dem Ermessen der Mehrheit abhängig machen. Die gesetzliche Regelung kann vertraglich dahin abgeändert werden, daß nicht der Kündigende, sondern der, dem gekündigt wird, ausscheidet und die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt wird. Wird die Kündigungsbefugnis der Mehrheit übertragen, so handelt es sich genau um den hier in Frage stehenden Fall. Ob man den Vorgang als Kündigung oder Ausschließung bezeichnet, macht für das gleiche Ergebnis keinen Unterschied. Nur begegnet diese Vereinbarung vom Wesen der Kündigung her (als einfacher Beendigungserklärung die nur vom Willen der Berechtigten abhängt) keinen Bedenken. (76)

Die Lösung, nach der die Vereinbarung eines absoluten Ausschließungsrechts zulässig ist, ordnet sich auch harmonisch in das System des Gesellschafts- und Verbandrechts ein. Auch die Entziehung einzelner Gesellschafterrechte, wie der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht (Vgl. §§ 117 und 127) kann dem Ermessen der Mehrheit überlassen bleiben. (77) Für den Bereich der BGB Gesellschaft wird die Vereinbarung des absoluten Ausschließungsrechtes ebenfalls für zulässig gehalten. (78) Das Gleiche gilt für die Ausschließung eines Vereinsmitgliedes. (79)

---

(76) Vgl. dazu Hueck a.a.O. Note 30, Staub § 138 Anm. 3; ausführlich Düringer-Hachenburg § 132 Anm. 6 mit dem Beispielfall, daß zwei ältere Gesellschafter einen bisherigen Angestellten in die Gesellschaft aufnehmen, sich aber das Recht vorbehalten, ihm wieder zu kündigen.

(77) Düringer-Hachenburg § 119 Anm. 3, Weipert § 117 Anm.29 § 127 Anm. 15, Schlegelberger § 117 Anm. 17, Hueck, Gesellschafterbeschlüsse, S. 720/721, derselbe OHG, § 10 VII, 11b, Baumbach-Duden § 117 Anm. 5 B.

(78) Soergel § 737 Anm. 1, Staudinger-Kessler, § 737 Anm.12, Fischer RGRK § 737 Anm. 5, Enneccerus-Lehmann, § 182 I,2.

(79) Staudinger § 39 Anm. 7 ff., Enneccerus-Nipperdey, § 112 VI, Anm. 22 und 23, RGZ 73,190, Hueck, Gesellschafterbeschlüsse, Note 33.

Muß somit die Vereinbarung des absoluten Ausschließungsrechtes grundsätzlich als wirksam angesehen werden, so kann sich doch durch ihre Kombination mit anderen Klauseln ein verändertes Bild ergeben. Insbesondere wird eine Vereinbarung als sittenwidrig angesehen, die die Ausschließung der Willkür der Mehrheit überläßt und die gleichzeitig vorsieht, daß der Auszuschließende keine Abfindung erhält. (Vgl. dazu eingehender § 7, III,2).

Die Entscheidung über die Ausschließung kann auch dem Ermessen eines Dritten überlassen werden. (80) Da der gesellschaftsfremde Dritte durch den Gesellschaftsvertrag nicht gebunden ist, ist er auf Grund desselben auch nicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen verpflichtet und trägt auch die Folgen seiner Entscheidung (Abfindung!) nicht. (81) Die Grundsätze, nach denen sich seine Entscheidung zu richten hat, sind den §§ 317 ff BGB zu entnehmen, die grundsätzlich auch für die Personalgesellschaften gelten (82) und für den Fall der Ausschließung analog heranzuziehen sind. Damit ist der Dritte gehalten seine Entscheidung im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen (§ 317 I BGB), d.h. er hat § 242 zu berücksichtigen.

---

(80) Es ist z.B. denkbar, daß in einer Familiengesellschaft dem ausgeschiedenen Vater das Recht eingeräumt wird über die Ausschließung aus der nur noch von seinen Kindern gebildeten Gesellschaft nach seinem Ermessen zu entscheiden.

(81) Vgl. dazu die Ausführungen von Busse BB 61, S. 262 bezüglich der Stimmrechtsbindungsverträge mit Dritten.

(82) Vgl. Hueck JZ 60, S. 491/492 in seiner zustimmenden Anmerkung zu einem a.a.O. veröffentlichten BGH Urteil, in dem die Einräumung eines zusätzlichen Stimmrechts an einen Nichtgesellschafter für zulässig gehalten wurde.

Eine offenbar unbillige Entscheidung wäre unverbindlich (§ 319, Abs. I BGB). Ist ihm ausdrücklich freies Ermessen eingeräumt, dann bilden nur die guten Sitten die Grenze für seine Entscheidung.

Allerdings können die Gesellschafter dem Dritten diese Befugnis auch wieder entziehen. Ob das jederzeit geschehen kann, oder nur aus wichtigem Grund (etwa weil das zu dem Dritten ursprünglich vorhandene Vertrauen nicht mehr besteht), richtet sich nach den mit dem Dritten bestehenden vertraglichen Beziehungen.

§ 4. Die vertraglichen Einschränkungen des Ausschließungsrechtes.

I. Die Einschränkung der wichtigen Gründe.

Durch Vereinbarungen dieser Art werden bestimmte Tatsachen zu ausschließlichen Ausschlußgründen erklärt, andere Tatsachen von den wichtigen Gründen ausgenommen oder zusätzliche Erfordernisse aufgestellt. So kann die Ausschließung etwa von einem Verschulden abhängig gemacht werden oder von dem Eintritt einer Schädigung der Gesellschaft. Den Hintergrund für solche Einschränkungen bilden häufig menschlich-ethische Motive. So, wenn die Ausschließungsmöglichkeit für den Fall der Krankheit oder altersbedingten Arbeitsunfähigkeit beseitigt wird. Auch in der konkreten Gesellschaftssituation liegende wirtschaftliche Gründe können zu dem Ausschließungsverbot führen. Einzelne oder auch alle Gesellschafter können so maßgeblich beteiligt sein oder auf Grund ihrer Persönlichkeit oder ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten eine so entscheidende Rolle spielen, daß eine Unternehmensfortführung ohne sie von vornherein aussichtslos oder doch unerwünscht erscheint. (83) Das Bedürfnis nach einer Einschränkung oder gar nach der völligen Beseitigung des Ausschließungsrechtes kann sich daher aus mannigfaltigen Interessen ergeben.

Unter Bezugnahme auf den dispositiven Charakter der Vorschrift des § 140 läßt deshalb die ganz überwiegende Auffassung die Einschränkung der Ausschließungsgründe zu. (84)

---

(83) Vgl. weitere Beispiele bei Weipert § 140 Anm. 29.

(84) Weipert § 140 Anm. 29; § 142 Anm. 20; Schlegelberger § 140 Anm. 17 unter 1.; § 142 Anm. 9; Baumbach-Duden § 140 Anm. 1 B,a; Hueck OHG § 30 I,3 (zu § 142).

Die Unabdingbarkeit folgt auch nicht aus dem Wesen der Generalklausel "wichtiger Grund", wie verschiedentlich angenommen wird. (85) In den Fällen, in denen diese Auffassung mit Recht vertreten wird, (86) liegt es anders als hier. Dort hat die Uneinschränkbarkeit ihren wirklichen Grund in der Tatsache, daß der wichtige Grund die Voraussetzung für die einzige Möglichkeit einer Lösung aus einer Dauerbeziehung bildet. In derartigen Fällen ist die Lösung des Dauerrechtsverhältnisses aus wichtigem Grund als eine Generalklausel anzusehen, der eine bestimmte vertraglich nicht antastbare Funktion zukommt. In eben dieser Funktion, nicht aber im Wesen der Generalklausel als solcher liegt dann der Grund für die Nichteinschränkbarkeit. Eine absolute, von der einzelnen rechtlichen Zusammenhangssituation losgelöste aus dem Wesen des wichtigen Grundes folgende Uneinschränkbarkeit dieser Generalklausel gibt es nicht. Neben der Ausschließung aus wichtigem Grund besteht bei der OHG immer noch die Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund, die durch Parteidisposition nicht eingeschränkt werden kann (§ 133 III). Da diese Ausweichmöglichkeit besteht, sind die Gesellschafter nicht allein auf das Institut der Ausschließung angewiesen. Vertraglichen Einschränkungen des wichtigen Grundes

---

(85) Vgl. Koenige, § 140 Anm. 1; allgemein Scholz in SJZ 1949, S.1 ff. unter IV,2.

(86) Z.B. bei § 626 BGB, vgl. Palandt § 626 Anm. 1 b.

steht daher nichts im Wege. (87)
Vom Gesellschaftsvertrag her gesehen bedeuten die Einschränkungen, daß sich die Gesellschafter erhöhte Pflichten auferlegen.

---

(87) Eine andere Frage ist, ob Tatsachen, die als selbständige Ausschließungsgründe vertraglich ausgenommen sind, im Zusammenhang mit anderen Tatsachen einen wichtigen Grund bilden können. (Bejahend Weipert § 127 Anm. 15, 6. Absatz) In der Regel wird man der Vereinbarung nur den in ihr zum Ausdruck gebrachten beschränkten Sinn geben dürfen. Über die Bewertung der ausgeschlossenen Tatsache im Zusammenhang mit anderen ist damit noch nichts gesagt, insbesondere, wenn diese etwa in dem ausgenommenen Ausschließungsgrund ihre entfernte Ursache haben.

Es kann z.B. vertraglich festgelegt sein, daß die Wohnsitzverlegung oder ein im wesentlichen von der Ehefrau eines Gesellschafters geführtes Konkurrenzgeschäft keinen Ausschließungsgrund bilden sollen. Darauf kann die häufige Abwesenheit eines Gesellschafters oder seine anderweitige Inanspruchnahme beruhen, so daß er seiner Verpflichtung zur persönlichen Mitarbeit nicht mehr nachkommt. Dabei kann die Berücksichtigung des Wegzuges, oder des Konkurrenzgeschäftes die mangelhafte Mitarbeit erst in dem Licht erscheinen lassen, das die Ausschließung rechtfertigt.

In der Regel wird eine solche Würdigung statthaft sein. Die Gesellschafter können die Vereinbarung aber auch schärfer fassen, indem sie beispielsweise bestimmen, daß aus einer Tatsache und den sich aus ihr eventuell ergebenden nachteiligen Folgen (z.B. häufige Abwesenheit bei Wohnsitzverlegung) die Konsequenz der Ausschließung nicht gezogen werden darf. Auch die Bestimmung solcher gewissermaßen absolut ausgeschlossener Tatsachen ist zulässig. Bezüglich Treu und Glauben gilt das unter § 3 II Gesagte.

II. Der vertragliche Ausschluß des Ausschließungsrechts.

1. Auch ein völliger vertraglicher Ausschluß der Ausschliessungsbefugnis, bez. des Übernahmerechtes wird vor allem unter Hinweis auf die Denkschrift zum HGB (88) allgemein für zulässig gehalten. (89)

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die Ausschließung bildet nach der Regelung, die sie im HGB gefunden hat, ein ergänzendes, neben die Auflösung tretendes Hilfsinstitut für etwaige nur in der Person eines Gesellschafters eintretende Schwierigkeiten. Es steht bei den Gesellschaftern, ob sie von diesem Zusatzinstrument Gebrauch machen wollen oder nicht. (90) Es ist nicht einzusehen, weshalb sie diese Entscheidung nur im Einzelfall und nicht im voraus durch einen allgemeinen vertraglichen Verzicht sollen treffen können. Die Gesellschafter verpflichten sich damit auch keineswegs "Unerträgliches zu ertragen" (91), da sie, wie oben dargelegt, bei gesellschaftswidrigem Verhalten eines Gesellschafters nicht an diesen gebunden zu bleiben brauchen (Auflösungsmöglichkeit) oder sonstige Maßnahmen ergreifen können (z.B. nach §§ 117, 127).

---

(88) Denkschrift S. 101, wonach sich die Möglichkeit des völligen Ausschlusses des Ausschließungsrechts "von selbst versteht".

(89) Vgl. die in Anm. 84 Genannten a.a.O. Grundsätzlich bejahend auch RG Recht 1924, Nr. 661 = JW 26,2897.

(90) Schlegelberger § 140 Anm. 17 am Ende.

(91) Vgl. die Formulierung bei Ritter § 117 Anm. 4.

2. Umstritten ist die Frage, ob der vertragliche Ausschluß des Ausschließungsrechtes auch für den Fall schwerer vorsätzlicher Verfehlungen möglich ist. Das RG (92) scheint für diesen Fall eine Ausnahme machen zu wollen. Im Schrifttum wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß auch im Falle vertraglicher Beseitigung des Ausschließungsrechtes bei schweren vorsätzlichen Verfehlungen die Ausschließung möglich bleibe (93), oder, daß es darauf ankomme, ob die Berufung auf die Ausschlußvereinbarung nach den Gesamtumständen des Falles gegen Treu und Glauben verstoße. (94) Demgegenüber steht nach Hueck (95) § 276 II BGB einer Vereinbarung, daß ein Gesellschafter auch bei vorsätzlichen Verfehlungen nicht ausgeschlossen werden kann, nicht entgegen. Bei § 142 -- und das Gleiche gilt für § 140 - handele es sich nicht um eine Haftung für Verschulden, so daß § 276 II nicht unmittelbar anwendbar sei. Es sei auch nicht einzusehen, inwiefern aus dem dann § 276 II BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken für den unschuldigen Teil - oder für die übrigen Gesellschafter - gerade ein Recht zur Übernahme des Unternehmens (oder zur Ausschließung) sollte hergeleitet werden können.

Der Auffassung Huecks ist zuzustimmen. Es ist zwar richtig, daß die Maßnahmen nach §§ 140, 142 kein Verschulden voraussetzen. Sie umfassen aber den Fall des Verschuldens

---

(92) RG Recht 24, Nr. 661=JW 26,2897 = LZ 24, Nr. 11. Das RG führt aus, daß die Gesellschafter die Ausschließungsmöglichkeit nicht wahllos für alle Fälle ausschließen könnten. Es müsse vielmehr der Gedanke des § 276 II BGB auch hier zur Geltung kommen.

(93) Schlegelberger § 142 Anm. 9 für den Fall des Übernahmerechts ohne nähere Begründung.

(94) Weipert § 142 Anm. 20.

(95) Hueck, OHG, § 30 I, Anmerkung 3.

mit. Der Hinweis in § 133 II stellt die Verschuldensfälle sogar in den Vordergrund. Der ausschlaggebende Grund dafür, daß § 276 II kein Hindernis für die in Frage stehende ausdrückliche Beseitigung des Ausschließungsrechts auch für vorsätzliche Verfehlungen bildet, ist in dem weiteren von Hueck angeführten Gedanken zu erblicken. § 276 II bestimmt nur, daß die Haftung für Vorsatz nicht im voraus erlassen werden kann. Die Frage ist nur, ob dieser Grundsatz so interpretiert werden muß, daß auch eine bestimmte Haftungsfolge nicht schadenersatzrechtlicher Art wie z.B. die Ausschließungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, obwohl ihre Beseitigung aus wirtschaftlichen oder sonstigen in der Gesellschaftssituation liegenden Gründen wünschenswert wäre.

§ 276 II enthält zwar einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, hat aber doch in erster Linie - das ergibt sich aus seiner systematischen Stellung - die Schadensersatzleistung im Auge. Das kann für seine Auslegung nicht bedeutungslos sein. Das Schwergewicht der Bestimmung liegt auf dem Haftungsausschluß als solchem. Das Gesetz hält es für sittenwidrig, sich für eigenen Vorsatz freizuzeichnen. (96) Aber dem Geschädigten soll damit kein unverzichtbares Recht auf jede denkbare, aus der vorsätzlichen Schädigung etwa zu ziehende Rechtsfolge gegeben werden. Es wird ein unantastbares Prinzip aufgestellt, nicht aber die Durchführung aller möglichen Sonderrechtsfolgen garantiert. Anders ausgedrückt: Das Prinzip des Verbotes, sich für eigenen Vorsatz freizuzeichnen, bleibt gewahrt, wenn die Vereinbarung die Möglichkeit des Ausgleiches der vorsätzlichen Pflichtverletzung unberührt läßt. Das ist hier der Fall. Die geschädigten Gesellschafter können sich mit der Auflösung behelfen und auf Ersatz des ihnen durch die Auflösung entstandenen Schadens klagen. Dieser Schadensersatzanspruch kann allerdings im voraus nicht ausgeschlossen werden. (96) Auch ein Verstoß gegen § 138 BGB ist daher in

---

(96) Hueck, OHG, a.a.O.

der Vereinbarung nicht zu sehen. Eine sittenwidrige Abhängigkeit wird nicht begründet, da die geschilderten Ausgleichsmöglichkeiten verbleiben.

Allerdings werden die entsprechenden Verzichtsvereinbarungen hinsichtlich der Rechte aus den §§ 117, 127 HGB, 712 BGB von der h.M. für unzulässig gehalten. (97) Sie erblickt in dem uneingeschränkten auch auf vorsätzliche Verfehlungen bezogenen Verzicht auf die Möglichkeit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht "einen Freibrief auf frivoles, gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten". (98) Die Gegenauffassung hält es aber für ausreichend, wenn der ungetreuen Geschäftsführung oder Vertretung eines Gesellschafters mit den Mitteln der §§ 140, 133 begegnet werden kann. (99)

Diese Meinung verdient den Vorzug. Es ist nicht einzusehen, weshalb unbedingt die Möglichkeit bestehen muß, auf eine vorsätzlich treuwidrige Geschäftsführung mit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis zu antworten. Die Gesellschafter können auf die schwächere Maßnahme der §§ 117/127 verzichten und sich auf die schärferen der §§ 140/133 beschränken.

Auch wenn man den völligen Verzicht auf die Rechte aus den §§ 127/117 für unzulässig hält, so würde das für den völligen Verzicht auf die Ausschließung nicht zu der gleichen Auffassung nötigen. Für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht fehlen in der Auswirkung adäquate Ersatzmaßnahmen, die bei ihrem Aus-

---

(97) Düringer-Hachenburg § 117 Anm. 3, Weipert § 117 Anm. 8 und 9 § 127 Anm. 15, Ritter § 117 Anm. 4, Schlegelberger § 117 Anm. 14, § 127 Anm. 11, Baumbach-Duden, § 117 Anm. 1A, RGJW 35,696. Für die BGB Gesellschaft verneinend Düringer-Hachenburg, Allgemeine Einleitung, Anm. 119, Fischer RGRK § 712 Anm. 1, Staudinger-Kessler § 712 Anm. 6.

(98) RG.a.a.O.

(99) Wieland I, S. 577, Anm. 61, Hueck, OHG, § 10, VII, 11a, Gogis, S. 67, Fischer NJW 59,1060 (unter III,4).

schluß an ihre Stelle treten könnten. Dagegen besteht trotz ausgeschlossener Ausschließungsmöglichkeit noch das unverzichtbare Recht, Auflösung zu verlangen. Damit kann, allerdings unter dem Opfer der Unternehmenszerstörung, die Lösung von dem mißliebigen Gesellschafter herbeigeführt werden. (100)

Im Falle des allgemeinen Verzichts auf das Ausschließungsrechtes ist es Auslegungsfrage, ob sich die Klausel auch auf die groben vorsätzlichen Verfehlungen erstreckt. Im Zweifel wird man das nicht annehmen können.

Es wird damit nicht geleugnet, daß ein Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag auch in diesem Falle stets verpflichtet ist, wenigstens vorsätzlich keinen Umstand zu setzen, der seine Ausschließung rechtfertigen würde. (101) Nur die spezielle Möglichkeit, wegen dieses Verstoßes den Gesellschafter auszuschließen, ist gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen.

---

(100) Im Einzelfalle kann die Berufung auf die Verzichtsvereinbarung auch in diesem Fall unzulässig sein. Das wird man vor allem für vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen (§ 826 BGB) annehmen müssen.

(101) Vgl. Fischer NJW 54,780.

§ 5. Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen über das Ausschließungsverfahren.

I. Die Übertragung der Entscheidung über die Klageerhebung auf die Mehrheit der Gesellschafter.

1. Die in § 140 zur Erhebung der Ausschließungsklage geforderte Einstimmigkeit kann durch ausdrückliche vertragliche Vereinbarung durch das Mehrheitsprinzip ersetzt werden. (102) Zwar wollte der Gesetzgeber die Ausschliessung durch das Erfordernis der Einstimmigkeit erschweren, doch ist das kein Grund, es in diesem Falle als zwingend anzusehen (103) und nicht auch hier, wie bei anderen Beschlüssen, die die Grundlagen der Gesellschaft berühren (104), Mehrheitsentscheidungen zuzulassen. Allerdings ist eine ausdrückliche, dahingehende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung nötig, da die Mehrheitsklausel stets eng zu interpretieren ist. (105) Die allgemeine Bestimmung, daß in Gesellschaftsangelegenheiten die Mehrheit der Gesellschafter entscheidet, genügt demnach nicht, zumal für den hier in Frage stehenden Beschlußgegenstand durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung Einstimmigkeit gefordert ist. Ist aber ausdrücklich für diesen Fall Mehrheitsbeschluß vorgesehen, so sind, wenn die Mehrheit die Erhebung der Ausschließungsklage beschließt, die überstimmten Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Klageerhebung verpflichtet.

---

(102) Vgl. Weipert, § 140 Anm.16; Baumbach-Duden, § 140 Anm. 3 A; Hueck OHG, § 11, IV,2, derselbe, Gesellschafterbeschlüsse S. 714 ff.

(103) Weipert a.a.O.

(104) Vgl. dazu Schlegelberger § 119 Anm. 7, Weipert § 119 Anm. 10, Baumbach-Duden § 119 Anm. 2B; s. auch BGH NJW 53, S. 102.

(105) Vgl. Weipert und Schlegelberger a.a.O. unter Hinweis auf BGHZ 8, S. 41 = NJW 53,102, wo der BGH strenge Anforderungen stellt. Es müsse sich aus dem Gesellschaftsvertrag zweifelsfrei ergeben, daß gerade für den in jeweils in Frage stehenden Beschlußgegenstand Mehrheitsbeschluß zulässig sei.

2. Dagegen ist es nach einhelliger Auffassung nicht möglich, gesellschaftsvertraglich zu vereinbaren, daß die Mehrheit der Gesellschafter die Ausschließungsklage soll erheben können, mit der Folge, daß das Gericht die Ausschließung (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) aussprechen muß, wenn die Mehrheit der Gesellschafter den Klageantrag stellt. (106)

Begründet wird dies damit, daß der Gesellschaftsvertrag nicht die Zuständigkeit des Gerichts für dessen rechtsgestaltende Tätigkeit erweitern könne (107) sowie damit, daß eine rechtskraftfähige Entscheidung gegenüber allen Gesellschaftern ergehen müsse. Diese Regelung habe ihren guten Sinn, weil in Fällen dieser Art nicht selten die Zulässigkeit oder das ordnungsgemäße Zustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses unter den Beteiligten streitig sei. Auf einer solch unsicheren Grundlage könne jedoch ein Entziehungs- oder Ausschließungsurteil gegen den betroffenen Gesellschafter nicht ergehen. (108)

Dieser Auffassung ist im Ergebnis zuzustimmen, Die Begründung Huecks erscheint allerdings zu allgemein. Die Zuständigkeit für die rechtsgestaltende Tätigkeit des Gerichts wird z.B. auch durch die Vereinbarung wichtiger Ausschließungsgründe erweitert, und dort für zulässig gehalten. (109) Auch die weiteren Argumente Fischers überzeugen nicht. Die zusätzliche Schwierigkeit für das Gericht, u.U. erst feststellen zu müssen, ob ein Mehrheitsbeschluß nach dem Gesellschaftsvertrag zulässig ist und

---

(106) Vgl. Weipert § 140 Anm.16, § 117 Anm. 13; Hueck, OHG, § 10, VII, 11b, Anmerkung 102; Baumbach-Duden, § 140, Anm. 3 A; Fischer NJW 59, S. 1059, unter III,2; Fischer untersucht a.a.O das Problem für die Fälle der §§ 117,127, betont aber in Anm. 28, daß für die Ausschließung insoweit dasselbe gelte.
Vgl. weiter Düringer-Hachenburg § 117 Anm.8; Gogos S.69

(107) Hueck a.a.O.

(108) Fischer a.a.O.

(109) Vgl. § 3 I.

ordnungsgemäß zustandekam, bildet keinen grundsätzlichen Einwand gegen die Zulassung der Klageerhebung durch die Mehrheit. Diese Feststellungen muß das Gericht beispielsweise auch dann treffen, wenn im Gesellschaftsvertrag der Mehrheit die Entscheidung über die Erhebung der Ausschließungsklage übertragen ist (vgl. unter 1.), die Mehrheit Ausschließungsklage erhebt und zugleich einen überstimmten und sich weigernden Gesellschafter auf Zustimmung verklagt. (110)

Entscheidend ist vielmehr, daß die notwendige Beteiligung aller übriger Gesellschafter an der Ausschließungsklage eine prozessuale Folge des die OHG zwingend beherrschenden Gesamthandsprinzipes ist. Die übrigen Gesellschafter sind notwendige Streitgenossen nach § 62 ZPO (111), weil der betroffene Gesellschafter nur mit Wirkung gegenüber allen anderen ausgeschlossen werden kann und ihnen gegenüber einander widersprechende Urteile nicht möglich sind. Das bedeutet, daß die Sachlegitimation für die Klage ebenfalls nur allen Gesellschaftern gemeinsam zusteht.

Allerdings werden aus prozessökonomischen Gründen Ausnahmen auf der Beklagtenseite sowohl im Falle der Auflösungsklage (112) als auch für den Fall der Ausschliessungsklage (113) zugelassen. Danach ist die Klage gegen

---

(110) Der sich weigernde Gesellschafter kann beispielsweise nicht bestreiten, daß ein wichtiger Ausschließungsgrund vorliegt, wohl aber, daß ein Mehrheitsbeschluß ausreiche oder ordnungsgemäß zustandekam.

(111) Vgl. Baumbach-Duden § 140 Anm. 3, RGZ 122,315; 146, 173; BGHLM Nr. 6 zu § 140 HGB = BB57,1087; Vgl. auch BGH NJW 58,418.

(112) Vgl. Hueck, OHG, § 25 III,3 und die in Anm. 18 Genannten, sowie BGH NJW 58,418.

(113) Hueck, OHG, § 29 I,2c, am Schluß, Schlegelberger § 140 Anm. 10, Weipert § 140 Anm. 20, Baumbach-Duden, § 140 Anm. 3A, RGZ 146, S. 169.

einen Gesellschafter z.B. nicht nötig, wenn dieser sich in bindender Weise verpflichtet hat, im Falle der Ausschließung eines anderen Gesellschafters ebenfalls auszuscheiden. Er braucht dann nicht bei der Klageerhebung mitzuwirken. Diese Gedankengänge lassen sich jedoch nicht auf einen Gesellschafter übertragen, der sich zwar mit dem Ziel der Ausschließungsklage einverstanden erklärt, sich aber aus irgendwelchen Gründen neutral verhalten und nicht an der Klage beteiligen will. Den außergerichtlich zustimmenden Gesellschafter würden die Wirkungen des Ausschliessungsurteiles nicht treffen. Dagegen ist der Gesellschafter, der sich zum Ausscheiden verpflichtet, falls die Klage gegen einen anderen Gesellschafter Erfolg hat, praktisch von vornherein als Klagegegner einbezogen. Die Auswirkung ist dieselbe, als wenn er mitverklagt worden wäre. Er scheidet ebenfalls aus und die Identität zwischen den Klagenden und den die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern bleibt gewahrt. (114) (115)

---

(114) Eine interessenmäßige Rechtfertigung des Erfordernisses der Klage a l l e r übrigen liegt ja darin, daß unter den Klagenden Klarheit über die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den Auszuschließenden bestehen soll. (Vgl. Schlegelberger § 140 Anm. 10)

(115) Eine andere Frage ist es, ob in der Zulassung eines Mehrheitsbeschlusses eine Ermächtigung der zustimmenden Gesellschafter, für die überstimmten Gesellschafter die Klage mitzuerheben, zu erblicken ist. (Vgl. dazu auch Schlegelberger § 141 Anm. 5 und Weipert § 141 Anm. 5, die eine derartige Ermächtigung für die nach § 141 Abs. 1 dem Gläubiger gegenüber nötige Erklärung annehmen, wenn der Fortsetzungsbeschluß als Mehrheitsbeschluß ergehen kann.) Die Frage soll hier nicht näher untersucht werden, da sie in Einzelheiten des Rechts der Prozeßvollmacht führen würde. Der Grundsatz, daß alle Gesellschafter, soweit sie nicht ausscheiden, als Kläger beteiligt sein müssen, wäre nicht verletzt. Es erscheint aber fraglich, ob die Mehrheit in dieser Unbestimmtheit bevollmächtigt werden kann, und ob das praktikabel wäre. Die generelle Bevollmächtigung könnte von einem Gesellschafter für das konkrete Ausschließungsverfahren auch aus irgendwelchen Gründen widerrufen werden. Der betreffende Gesellschafter müßte dann doch auf Mitwirkung verklagt werden.

Verweigert ein Gesellschafter die Mitwirkung, so wird man es mit Fischer (116) für zulässig ansehen müssen, daß die Klage auf Zustimmung und die auf Ausschließung in einem Verfahren erhoben und in einem Urteil entschieden werden. Das erfordert schon der Grundsatz der Prozeßökonomie. Die Erwägung, daß streng logisch gesehen die Verurteilung zur Zustimmung vorher erfolgen müßte, kann demgegenüber richtigerweise kein entscheidendes Gewicht beanspruchen.

(116) a.a.O. S. 1060, Vgl. auch Schlegelberger § 117 Anm. 8, Wieland I, S. 575.

II. Die Ausschließung durch Gesellschafterbeschluß.

Wird eine Ausschließungsklage erhoben, so folgt oft ein langwieriges, sich über mehrere Instanzen hinziehendes Verfahren. Während der Dauer dieses Verfahrens bis zur Rechtskraft des Urteils bleibt der Auszuschließende Gesellschafter. Das Bedürfnis der Gesellschafter, das Ausschließungsverfahren zu beschleunigen, ist daher begreiflich. Aus diesem Grunde wird die gerichtliche Gestaltungsklage häufig vertraglich durch einen Beschluß der Gesellschafter ersetzt. Im Falle der Ausschließung durch Beschluß wird diese mit Mitteilung des Beschlusses an den Betroffenen wirksam. Es ist dann Sache des Ausgeschlossenen, sich gegen die Ausschließung durch Erhebung einer gerichtlichen Feststellungsklage zu wehren, wenn er sie für unzulässig oder unbegründet hält.

1. Stellungnahme im Schrifttum.

Eine früher verbreitete Meinung hat die Vereinbarung des Beschlußverfahrens für unzulässig gehalten. (117)
Auch das RG hatte anfänglich unter Hinweis auf den strafartigen Charakter des Ausschließungsrechtes in zwei Entscheidungen (118) die Auffassung vertreten, daß die das Ausschließungsverfahren betreffende Regelung in § 140 zwingender Natur sei. Insoweit, als die Ausschließung der Entscheidung des Richters zugewiesen ist, gehöre die Vorschrift der öffentlichen Ordnung an und könne durch Parteidisposition der Gesellschafter nicht abgeändert werden.

---

(117) Vgl. dazu die Angaben bei Hueck, Gesellschafterbeschlüsse, S. 722, Anmerkung 30.

(118) RGZ 38,109; RGZ 108,80 = JW 25,244 mit ablehnender Anmerkung von Hachenburg.

Das ergebe sich auch aus der Regelung über den Zeitpunkt der Auseinandersetzung mit dem ausgeschlossenen Gesellschafter. (§ 140 II) Dort sei für die Auseinandersetzung der Zeitpunkt der Klageerhebung für maßgebend erklärt. Hätte das Gesetz eine Ausschließung durch Beschluß rechtlich für möglich gehalten, dann hätte es auch diesen Fall in Betracht ziehen müssen. Diese Auffassung hat das RG später aufgegeben. (119) Sie wird, soweit ersichtlich auch im Schrifttum kaum noch vertreten, wenn auch vereinzelt Bedenken gegen die Zulassung des Beschlußverfahrens erhoben werden. Neuerdings hält es Merkel (120) für zweifelhaft, ob der Gesetzgeber den Ausschluß einer OHG durch Gesellschafterbeschluß hat zulassen wollen, da er es sonst bei der Regelung des § 737 BGB hätte belassen können. (121) Da das nicht geschehen sei, sei offensichtlich mit der Regelung des § 140 der Zweck verfolgt worden, die Ausschliessung wegen des Charakters der OHG als Dauergesellschaft und wegen ihrer Bezogenheit zur Öffentlichkeit zu erschweren. Der Ausschluß durch Gesellschafterbeschluß diene dagegen der Beschleunigung und habe eine unvergleichlich schlechtere Lage für den Ausgeschlossenen zur Folge.

Die heute h.M. läßt eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zu, durch die bestimmt wird, daß die Ausschließung eines Gesellschafters durch Beschluß ausgesprochen werden kann. (122) Die gerichtliche Ausschließung habe sich wegen der in der Regel einschneidenderen Folgen der Ausschließung aus einer OHG als gesetzliche Regelung für den Normalfall

---

(119) Vgl. Anmerkung 123

(120) MDR 61,729 mit eingehender Kritik an BGH NJW 60,625.

(121) So früher schon Staub § 140 Anm. 6.

(122) Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 15; Ritter § 140 Anm.5; Weipert § 140 Anm. 32; Schlegelberger § 140 Anm. 19; Baumbach-Duden, § 140 Anm. 1B,c; Hueck, OHG, § 29 I,2,b, derselbe, Gesellschafterbeschlüsse, III,4 d; ebenso bejahend für die gleichliegende Frage der Abdingbarkeit des Klageverfahrens im Falle des § 133: Weipert § 133 Anm. 25; Schlegelberger § 133 Anm. 31; Hueck, OHG, § 25 V,2.

empfohlen. Diese Garantie sei jedoch den Gesellschaftern in ihrem eigenen Interesse gegeben. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Ausschließung nur auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg der Anrufung des Gerichts sollte erreicht werden können. Wenn die Vereinbarung zulässig ist, daß bei einer Kündigung nicht der Kündigende, sondern ein anderer Gesellschafter ausscheidet, müsse auch die Ausschließung durch Beschluß zulässig sein. Die richterliche Kontrolle über die Rechtmäßigkeit des Ausschließungsbeschlusses bleibe ebenso wie bei der BGB Gesellschaft möglich.

Dieser Meinung folgt seit der grundlegenden Entscheidung des RG vom 12.3.1938, (123) in der es seine frühere gegenteilige Ansicht aufgab, auch die Rechtsprechung des RG (124) und neuerdings die des BGH. (125) Bezüglich der Begründung kann im wesentlichen auf die vorstehende Charakterisierung der im Schrifttum h.M. verwiesen werden. Doch sollen die Ausführungen der jüngsten Entscheidung des BGH wegen ihrer Bedeutung für die Frage (126) und die folgende Darstellung kurz wiedergegeben werden.

Die Entscheidung beschränkt sich in der eingehenden Begründung nicht auf die Betonung der Vertragsautonomie, sondern befaßt sich vornehmlich mit der Ausschließung möglicher Bedenken. Ein Widerspruch zum rechtlich zwingenden Gesamthandsprinzip bestehe nicht, was die Regel des § 737 BGB beweise. Die schutzwerten Interessen des ausgeschlossenen Gesellschafters würden durch die Möglichkeit gewahrt,

---

(123) RG in ZAkDR 1938, 818.

(124) RG in DR 43,808 mit zustimmender Anmerkung von Barz.

(125) BGH BB 57, Nr. 2103 = LM Nr. 6 zu § 140 HGB.
BGH NJW 60,625 = BGHZ 31,295, = MDR 60,204 = BB 60,150 = LM Nr. 7 zu § 140 HGB mit zustimmender Anmerkung von Fischer.

(126) Fischer betont in seiner Anmerkung a.a.O. unter I, daß es der BGH für angebracht gehalten habe, im Interesse der Rechtssicherheit in diesem Punkt abschließend Klarheit zu schaffen.

auf Feststellung der Wirksamkeit der Ausschließungsbeschlusses zu klagen. Die zwischen einem derartigen Beschluß und einem eventuellen gerichtlichen Verfahren liegende Zeit der Ungewißheit über die Wirksamkeit der Ausschließung sei in diesem Falle von den Gesellschaftern selbst gewollt, auch von dem Ausgeschlossenen, und könne dessen Belange nicht berühren. Der Sinn der gesetzlichen Regelung bestehe darin, den Gesellschaftern im Interesse der Rechtsklarheit a u c h die Möglichkeit zu gewähren, die Ausschließung erst durch ein rechtsgestaltendes Urteil herbeizuführen, eine Möglichkeit, die ihnen ohne die Bestimmung des § 140 verwehrt sein würde.

Interessen Dritter seien durch den allgemeinen Vertrauensschutz und vor allem die Vorschrift des § 14 HGB gesichert. § 133 stehe schon deshalb nicht entgegen, weil diese Bestimmung, soweit das bei der Auflösung einzuhaltende Verfahren in Frage steht, ebenfalls nach einhelliger Auffassung nicht zwingend sei. (127)

2. Eigene Ansicht.

Der h.M. ist im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung zuzustimmen. Im folgenden soll eine Erweiterung der Begründung versucht werden. Auch befriedigt die Argumentation des BGH in einem Punkt nicht völlig.

Zu dem Ergebnis, die gesetzliche Regelung des Ausschliessungsverfahrens sei zwingend, könnte man nur kommen, wenn der Sinn dieser Regelung nicht nur dahin ginge, den Normalfall (bei fehlender vertraglicher Vereinbarung über diesen Punkt) zu gestalten. Die zugrundeliegende Interessenbewertung des Gesetzes müßte erkennen lassen, daß bezüglich des Ausschließungsverfahrens der Grundsatz der autonomen vertraglichen Selbstgestaltung zurückzutreten habe, anders

(127) Vgl. dazu Anmerkung 122.

formuliert, daß der Gesetzgeber eine Garantie geben wollte, auf die auch die Gesellschafter nicht verzichten können. Das wäre dann der Fall, wenn sich aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses und seiner großen Bedeutung für die Volksgemeinschaft, - wie z.B. bei der Ehe, - die Notwendigkeit eines mit bestimmten Garantien ausgestatteten Verfahrens ergeben würde. Ein so weitgehendes öffentliches Interesse am unveränderten Bestand einer OHG besteht jedoch nicht. (128) Der Gesellschaftsvertrag kann jederzeit abgeändert werden, er kann vorsehen, daß ein Gesellschafter bei Eintritt bestimmter Ereignisse ausscheidet, oder überhaupt nur für eine bestimmte Zeit an der Gesellschaft beteiligt ist. Für die Ausschließung können z.B. auch die Ausschliessungsgründe frei vereinbart werden, was für die Ehescheidungsgründe nicht möglich ist. Der Sinn einer bloß formalen Verfahrensgarantie ist deshalb nicht erkennbar, wenn man diese im sonstigen Bereich des Ausschließungsrechtes herrschende Vertragsfreiheit mitberücksichtigt. Denn auf Grund dieser Freiheit können die Gesellschafter ohnehin für das Gericht bindend festlegen, wann eine Ausschließung möglich sein soll und wann nicht. ---- Das Ausschließungsverfahren zeigt demnach nicht das Bild eines im öffentlichen Interesse vorgesehen gerichtlichen Verfahrens, wie etwa die Vorschriften über das Ehescheidungsverfahren. Derartige gerichtliche Verfahren werden meist auch von der Inquisitionsmaxime beherrscht und sind in der Regel auf eine sachlich-rechtlich weitgehend zwingend geregelte Materie bezogen.

---

(128) Vgl. zu dieser Abwägung eingehend RGZ 146,172. Dort ging es um die Frage, ob eine Ausschließungsklage auch dann nötig ist, wenn der Gesellschafter mit seinem Ausscheiden einverstanden ist. Im vorliegenden Zusammenhang wird die Entscheidung trotz ihrer grundsätzlichen Ausführungen wenig beachtet.

Das gerichtliche Ausschließungsverfahren dient ganz allgemein nur der Rechtssicherheit im Interesse der Beteiligten und will in ihrem Interesse für den Ausschluß als einer besonders einschneidenden Maßnahme von vornherein klare Verhältnisse schaffen. (129) Aus diesem Grunde hat das Gesetz für die OHG nicht die Regelung des § 737 BGB beibehalten. Aus dem Wesen der OHG als Dauergesellschaft kann jedoch, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, nicht auf einen zwingenden Charakter der Verfahrensgestaltung geschlossen werden. Das übersieht Merkel (130), wenn er auf Grund der zutreffend beurteilten, aber nur für die Normalsituation gültigen Zwecksetzung des Gesetzes die Abdingbarkeit der Verfahrensgestaltung bezweifelt. Naturgemäß kann auch aus der Tatsache, das das Gesetz für die Auseinandersetzung auf den Zeitpunkt der Klageerhebung abstellt, nichts für die Abdingbarkeit entnommen werden. Diese Beschränkung versteht sich aus der Geschlossenheit der gesetzlichen Regelung. Der Gesetzgeber hatte keine Veranlassung, für etwaige vertragliche Abweichungen den Auseinandersetzungszeitpunkt zu bestimmen.

Gegenteilige Schlüsse lassen sich auch nicht aus der Formulierung "kann" in § 140 ziehen. Nach übereinstimmender Meinung (131) legt das Gesetz die Ausschließung damit nicht in das freie Ermessen des Gerichts. Vielmehr ist das Gericht bei Vorliegen der Ausschließungsvoraussetzungen verpflichtet, die Ausschließung auszusprechen. Auch eine besondere Ermächtigung, nach Billigkeit zu verfahren, ist in der Formulierung nicht zu erblicken. Den Grundsatz von Treu und Glauben hat das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ohnehin zu berücksichtigen.

---

(129) Vgl. auch BGHZ 9, S. 166.

(130) a.a.O. S. 730.

(131) Weipert § 140 Anm. 10, Schlegelberger § 140 Anm. 12, Heymann-Kötter § 140 Anm. 2, Baumbach-Duden § 140 Anm. 3 C, Hueck OHG § 29 I 2 c ß, Breit JR 26,761 ff. 770, RGZ 122,312 ff (314) gegen RGZ 105,376, ebenso wohl auch, wenn auch mißverständlich RGZ 146, 179.

Jedenfalls steht fest, daß die Ausschließung nicht in ein besonderes richterliches Ermessen gestellt werden sollte. Deshalb kann man auch nicht folgern, daß das Gesetz jede Ausschließung durch den Richter ausgesprochen wissen wollte.

Das Gesamthandprinzip steht zwar, wie der BGH (132) zutreffend ausführt einer Ausschließung durch Beschluß nicht entgegen, aber nicht allein schon deshalb, weil § 737 BGB sie ausdrücklich zuläßt. Das Gesamthandsprinzip ist nur ein allgemeines Rechtsprinzip, das zwar durch eine Reihe von Grundzügen gekennzeichnet ist, das aber für jede Rechtsform verschieden ausgestaltet sein kann. (133)
Es ist daher gerade die Frage, ob der Gesetzgeber das für die OHG geltende Gesamthandsverhältnis für den Fall der Ausschließung nicht abweichend von dem für die BGB Gesellschaft geltenden geregelt hat. (134) Daß der Gesetzgeber aber auch bei der Ausgestaltung der OHG nicht unbedingt an dem gerichtlichen Verfahren für das Ausscheiden eines Gesellschafters festhalten wollte, läßt sich aus der in den §§ 141 I und 142 II getroffenen Regelung entnehmen. In dem einen Fall hat ein Beschluß, im anderen eine einfache Erklärung das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Folge. Der Grund dafür, daß der Gesetzgeber hier schon für den Normalfall auf eine Gestaltungsklage verzichtet hat, liegt darin, daß die Voraussetzungen, die zu dem Beschluß oder der Erklärung berechtigen, (Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger) leicht feststellbar sind. (135) Daß der Gesetzgeber das nicht gerichtliche, erleichterte Verfahren unbedingt auf diese Fälle hat beschränken wollen, ist nicht erkennbar. Jedenfalls gestatten

---

(132) NJW 60,626.
(133) Düringer-Hackenburg, Allgemeine Einleitung, Anm. 20
(134) Vgl. auch Merkel a.a.O.
(135) So Rötelmann, NJW 56, S. 1617 ff. (1619).

diese Bestimmungen den Schluß, daß das Gesamthandsprinzip in der Ausgestaltung, die es bei der OHG gefunden hat, die nichtgerichtliche Verfahrensform des Beschlusses anstelle der Ausschließungsklage nicht verbietet.

Zuzustimmen ist der h.M. auch darin, daß die Interessen Dritter, vor allem der Gesellschaftsgläubiger, nicht berührt werden. (135) In der möglichen Beeinträchtigung Dritter würde aber die alleinige Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung der Ausschließung aus der OHG gegenüber der Kündigung sonstiger Dauerverträge liegen. Das beachtet Merkel nicht, wenn er allgemein ausführt, daß die OHG infolge ihrer Eintragung ins Handelsregister starke Berührung mit der Öffentlichkeit habe, und daß infolgedessen für die OHG andere Gesichtspunkte maßgebend sein müßten, als für die Kündigung eines sonstigen Dauervertrages. Im Grunde ist die Ausschließung nichts anderes als eine Kündigung, die von allen verbleibenden Gesellschaftern aus wichtigem Grund erklärt wird. (137)

Der betroffene Gesellschafter gerät bei der Ausschließung zwar in eine ungünstigere Position, weil ihn die Wirkung der Ausschließung mit Mitteilung des Beschlusses trifft und er seine Rechte unter Umständen erst durch eine Feststellungsklage wahren muß. Er hat aber diese nachteiligen Folgen bei Abschluß des Vertrages freiwillig auf sich genommen. (138)

---

(136) Der Ausgeschlossene haftet den Gläubigern weiter (Vgl. Baumbach-Duden § 128 Anm. 5), wenn er auch im Innenverhältnis Befreiung von den Gesellschaftsschulden nach § 738 BGB verlangen kann.

(137) So RG JW 37,1548 Nr. 7.

(138) Merkel a.a.O. weist darauf hin, daß die Gesellschafter sich über die Bedeutung ihrer vertraglichen Vereinbarungen nicht immer im klaren seien. Bei der Vereinbarung der Ausschließung durch Beschluß wird man jedoch für den Regelfall annehmen dürfen, daß die Gesellschafter sich bewußt sind, daß bei einer Ausschließung das gerichtliche Verfahren nicht durchgeführt zu werden braucht.

Im übrigen können die Vereinbarungen über das Ausschließungsverfahren in verschiedenster Weise getroffen werden. Es kann ein einstimmiger Beschluß vorgesehen werden oder einfache oder qualifizierte Mehrheit für genügend erklärt werden. Es kann ein Gesellschafter oder ein Dritter das Recht erhalten, einzelne Gesellschafter durch einfache Erklärung auszuschließen. Schließlich kann auf ein Ausschließungsverfahren überhaupt verzichtet und bestimmt werden, daß ein Gesellschafter mit der Verwirklichung eines bestimmten Ereignisses (z.B. Erreichung eines bestimmten Alters) automatisch ohne Verfahren ausscheidet. Nur darf der Rechtsweg nicht überhaupt ausgeschlossen werden. (139)

(139) H.M. Vgl. z.B. Weipert § 140 Anm. 32, Hueck, OHG, § 29 I 2 b, RG DR 43,809. Entgegen RG a.a.O. wird man aber die Vereinbarung eines Schiedsgerichts mit der h.M. als zulässig ansehen müssen. Diese Frage soll hier nicht näher untersucht werden, da sie zu weit in prozessuale Probleme führen würde.

III. Einzelne Verfahrensfragen. (140)

1. Der Anspruch des Auszuschließenden auf rechtliches Gehör.

a) Stellungnahme im Schrifttum.

Nach der überwiegenden Auffassung muß der Gesellschafter, der aus einer BGB Gesellschaft ausgeschlossen werden soll, vor Erlaß des Ausschließungsbeschlusses gehört werden. (141) Die Pflicht, den auszuschließenden Gesellschafter über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu hören wird ganz allgemein aus der gesellschaftlichen Treupflicht hergeleitet und ein ohne vorherige Anhörung ergangener Beschluß für unwirksam gehalten. Eine gegenteilige Auffassung vertritt neuerdings Fischer (142) mit der Begründung, die Gewährung rechtlichen

---

(140) Wie Fischer in seiner Anmerkung zu LM § 140 Nr. 7 unter I betont, ist mit der Zulassung des Beschlußverfahrens noch nichts darüber gesagt, welche Voraussetzungen ein Ausschließungsbeschluß erfüllen muß, um wirksam zu sein. Unter diesem Aspekt werden im folgenden Abschnitt die Fragen der Gewährung rechtlichen Gehörs, des Stimmrechts des Auszuschließenden und der Mitwirkungspflicht erörtert. Diese Fragen werden zunächst für den Fall der gesetzlichen Regelung des § 140 untersucht, um einen Ausgangspunkt für die Behandlung interessant erscheinender Vereinbarungen zu diesen Fragen zu gewinnen. Auch werden die Auswirkungen einzelner bereits behandelter vertraglicher Abwandlungen des Ausschließungsrechts auf diese Fragen mitbehandelt.

(141) Vgl. Staudinger-Kessler § 737 Anm. 2 und 5, Soergel § 737 Anm. 3, Palandt § 737 Anm. 1, Unklar RGZ 169, 338. Das RG läßt es zunächst dahingestellt, ob die Anhörung grundsätzlich erforderlich ist, hält sie zwar unter Umständen nach Treu und Glauben für nötig, aber nur dann, "wenn sie Sinn und Zweck hat und nicht von vornherein aussichtslos ist".
Bei der Ausschließung aus einer OHG durch Beschluß ist zunächst von den zu der BGB Gesellschaft entwickelten Grundsätzen auszugehen.
Für den Ausschluß aus einem Verein z.B. bejahend Staudinger-Nipperdey § 35 BGB Anm. 9; RG JW 25,29 mit zustimmender Anmerkung von Heinsheimer.

(142) RGRK § 737 Anm. 3 und unter I seiner Anmerkung zu LM § 140 Nr. 7.

Gehörs sei nicht erforderlich, weil der Ausgeschlossene in jedem Falle die Möglichkeit habe, sich an das Gericht zu wenden, und die Rechtmäßigkeit des Ausschließungsbeschlusses nachprüfen zu lassen.

b) Eigene Ansicht.

Die von Fischer vertretene Auffassung verdient im Ergebnis Zustimmung.

Wenn von dem Anspruch des Auszuschließenden auf rechtliches Gehör die Rede ist, so kann es sich dabei nur um die Frage handeln, ob der Auszuschließende einen Anspruch darauf hat, daß ihm vor der Beschlußfassung Gelegenheit gegeben wird, sich zu äußern. Darauf, ob der Betroffene auch wirklich von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, kann es nicht ankommen. In der Praxis wird es häufig so sein, daß sich die Gesellschafter mit dem Auszuschließenden zerstritten haben und den persönlichen Verkehr mit ihm meiden. Ob Gelegenheit zur Äußerung gegeben war, kann im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein. (143)

Für die Entscheidung der Frage läßt sich nichts aus Art. 103 GG herleiten. Diese Vorschrift schreibt das rechtliche Gehör nur für gerichtliche Verfahren zwingend vor. (144)

---

(143) Die beschlußfassenden Gesellschafter könnten beispielsweise geltend machen, der Auszuschließende habe keine Initiative entfaltet, um sich zu Gehör zu bringen. Er hätte nach dem Vorfall mit seiner Ausschliessung rechnen müssen und habe sich nicht verteidigt.

(144) Auch daraus, daß die Ausschließung bei der OHG grundsätzlich durch gerichtliches Urteil erfolgt, läßt sich nicht der Schluß ziehen, daß dem gerichtlichen Verfahren der Anspruch auf rechtl. Gehör zwingend immanent und damit sozusagen nicht dispositiver Bestandteil des § 140 HGB sei. Sobald man anerkennt, daß an die Stelle des gerichtlichen ein frei gestaltetes Verfahren treten kann, entfällt auch die für das gerichtliche Verfahren beabsichtigte Ordnungsfunktion des Art. 103 I GG.

Auch aus der gesellschaftlichen Treupflicht läßt sich das grundsätzliche Erfordernis der Gewährung rechtlichen Gehörs als Wirksamkeitsvoraussetzung des Ausschließungsbeschlusses nicht herleiten.

Die allgemeine Treupflicht verlangt von den Gesellschaftern alles zu tun, was den Gesellschaftszweck fördert und alles zu unterlassen, was der Gesellschaft schadet. (145) Die gesellschaftliche Treupflicht verlangt auch ein sorgfältiges Vorgehen der übrigen Gesellschafter bei der Ausschließung. Sie müssen sich vergewissern, ob die gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen für eine Ausschliessung gegeben sind. Dazu gehört auch die Berücksichtigung des Grundsatzes, daß die Ausschließung - zumal bei der OHG - nur das äußerste Mittel ist und die Suche nach anderen weniger einschneidenden Lösungen, die eine ebenso wirksame Antwort auf das Verhalten des Gesellschafters bilden. Ob dabei die Anhörung des betroffenen Gesellschafters nötig ist, kann nur auf Grund der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles entschieden werden. (146) Die Frage des rechtlichen Gehörs kann nur im Rahmen dieser allgemeinen Prüfungspflicht Bedeutung beanspruchen. Die Gewährung rechtlichen Gehörs zur a l l g e m e i n e n Wirksamkeitsvoraussetzung für Ausschließungsbeschlüsse zu erheben, wäre willkürlich und nicht gerechtfertigt. Bei körperschaftlich organisierten Gemeinschaften liegt es insoweit anders. (147)

---

(145) Vgl. Staudinger - Weber § 242 Anm. A 230 ff, 246, Weipert § 105 Anm. 31, Hueck, OHG, § 13 I, RG JW 35,1773.

(146) Sie kann z.B. nötig sein, weil nur durch den Auszuschließenden selbst die nötige Sachaufklärung erlangt werden kann.

(147) Beim Verein bildet der Anspruch auf rechtliches Gehör ein gewisses Gegengewicht gegen die staatlich anerkannte Vereinsautonomie (Vgl. RGZ 169,338), die aber bei der OHG und der BGB Gesellschaft keine Entsprechung hat.

Auch besondere vertragliche Ausgestaltungen des Ausschliessungsrechts können nicht unberücksichtigt bleiben. So wird beispielsweise beim vertraglich vereinbarten absoluten Ausschließungsrecht die Pflicht, rechtliches Gehör zu gewähren, überhaupt entfallen. Denn auf Grund der Treupflicht kann den übrigen Gesellschaftern nur geboten sein, den Auszuschließenden im Rahmen ihrer Prüfungspflicht (die sich auf die Ausschließungsvoraussetzungen erstreckt) zu hören. Nicht aber können sie nach Treu und Glauben verpflichtet sein, dem Auszuschließenden Gelegenheit zu geben, sie bezüglich einer durch den Gesellschaftsvertrag in ihr Ermessen gestellten Entscheidung umzustimmen. Auf dieses Recht hat der Gesellschafter dadurch verzichtet, daß er sich bei Abschluß des Vertrages dem freien Ermessen der übrigen Gesellschafter unterwarf.

Würde man grundsätzlich die Gewährung rechtlichen Gehörs fordern, so würde man den Gesellschaftern in vielen Fällen eine sinnentleerte Formalität aufbürden. (148) In der Praxis werden die übrigen Gesellschafter, die sich zum Ausschluß eines von ihnen entschließen, in aller Regel über die Tatsachen und die Folgen für den Betroffenen orientiert sein.

Zwar ist § 737 S. 3 BGB, wonach der Beschluß erst mit Mitteilung an den Ausgeschlossenen wirksam wird, zwingend. (149) Doch folgt daraus nicht, wie Staudinger anzunehmen scheint, (150) daß der Auszuschließende auch immer vorher gehört werden muß. Die Begründung Fischers betont

---

(148) Vgl. auch RGZ a.a.O., das die Anhörung nur für erforderlich hält, wenn sie Sinn und Zweck hat.

(149) So Staudinger-Kessler, § 737 Anm. 2. Allerdings können Vereinbarungen über die Art und Weise der Mitteilung getroffen werden. Die Grenze liegt da, wo die Zugangserleichterungen so weit gehen, daß der Zweck der Bestimmung, nämlich dem Ausgeschlossenen die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu geben, praktisch vereitelt wird, und im Grunde eine Vereinbarung vorliegt, die auf die Erklärung der Ausschließung gegenüber dem Ausgeschlossenen verzichtet.

(150) a.a.O.

zu sehr prozessuale Gesichtspunkte. Die Klagemöglichkeit des Ausgeschlossenen ist noch kein Grund, ihm das rechtliche Gehör zu versagen.

Ist auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles die Gewährung rechtlichen Gehörs erforderlich gewesen, und ist sie unterblieben, so ist d e s h a l b der Ausschließungsbeschluß nicht unwirksam. Als selbständige formale Wirksamkeitsvoraussetzung für den Beschluß läßt sich das Erfordernis des rechtlichen Gehörs aus der Treupflicht nicht herleiten. Entweder ist die Ausschließung in einem solchen Fall nach dem Gesellschaftsvertrag gerechtfertigt, oder sie ist es nicht. Im ersten Falle ist die Ausschließung auch dann nicht unwirksam, wenn die an sich gebotene Gewährung rechtlichen Gehörs unterblieb. (151) Im anderen Falle können die übrigen Gesellschafter dem ungerechtfertigt Ausgeschlossenen schadensersatzpflichtig sein. Für die Frage des Verschuldens kann es dann eine Rolle spielen, ob dem Ausgeschlossenen das rechtliche Gehör gewährt wurde, oder nicht.

Da das Beschlußverfahren frei gestaltbar ist, können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag aber vereinbaren, daß ein Gesellschafter vor der Ausschließung stets gehört werden muß, und die Gewährung rechtlichen Gehörs formale Gültigkeitsvoraussetzung des Ausschließungsbeschlusses sein soll.

---

(151) So auch RGZ 169, S. 339 oben.

2. Das Stimmrecht des Auszuschließenden.

Im Falle der Ausschließung aus wichtigem Grund hat der Auszuschließende nach soweit ersichtlich einhelliger Auffassung kein Stimmrecht. (152) Der Formulierung der §§ 117, 127, 140 (Antrag aller "übrigen" Gesellschafter) ist zu entnehmen, daß diese Maßnahmen auch gegen den Willen des Betroffenen möglich sein sollen. Es gilt aber im übrigen für das ganze Gesellschaftsrecht der Grundsatz, daß Gesellschafter über solche Maßnahmen nicht mit abstimmen können, die ihnen gegenüber aus wichtigem Grund vorgenommen werden. (153) Die Frage wird vor allem dann praktisch, wenn das gerichtliche Ausschließungsverfahren vertraglich durch das Beschlußverfahren ersetzt worden ist. Der Grund für die gesetzliche Regelung und die ihr zu entnehmende Interessenbewertung treten klar zu Tage. In der Konfliktssituation soll das Gesellschaftsinteresse den Vorrang haben. Dem Interesse des betroffenen Gesellschafters am weiteren Verbleib in der Gesellschaft soll in diesem Falle kein rechtserheblicher, d.h. kein in einem Stimmrecht sich äußernder Einfluß zukommen.

Eine andere Frage ist es jedoch, ob es sich hier um einen Stimmrechtsausschluß kraft zwingenden Rechts handelt, oder ob gesellschaftsvertraglich bestimmt werden kann, daß die Entscheidung über die Ausschließung durch Mehrheitsbeschluß a l l e r Gesellschafter erfolgt.

---

(152) Düringer-Hachenburg § 119 Anm. 2, Weipert § 119 Anm.6, Schlegelberger § 119 A.3, Hueck OHG, § 11 III 1, Baumbach-Duden, § 119 Anm. 1 B, Für die BGB Gesellschaft vgl. Staudinger-Kessler § 709 Anm. 5 c.

(153) Vgl. Hueck Der Betrieb, 1951, S. 110, derselbe NJW 51,719, derselbe JZ 60,492.

a) Die gesellschaftsvertragliche Einräumung eines Stimmrechts für die jeweils von der Ausschließung Betroffenen.

Die Frage wird, soweit ersichtlich, in der Literatur kaum behandelt. Nur vereinzelt und beiläufig wird die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung ohne nähere Begründung geleugnet. (154)

Nach Auffassung des Verfassers besteht jedoch kein Grund, eine solche Vereinbarung nicht grundsätzlich als wirksam anzusehen. Der gesetzliche Stimmrechtsausschluß ist nicht zwingend.

Die h.M. nimmt an, daß bei sogenannten "sozialrechtlichen Beschlüssen", d.h. Beschlüssen, die die gesellschaftliche Stellung, oder die Interessen einzelner Gesellschafter berühren, das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters nicht ausgeschlossen ist. (155) So darf z.B. ein Gesellschafter bei seiner Berufung oder Abberufung als Geschäftsführer, oder bei einer ihm gegenüber erfolgenden Kündigung mitstimmen. (156) Davon wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn diese Maßnahme aus wichtigem Grund erfolgt.(157) Damit wird deutlich, daß der Grund für den gesetzlichen Stimmrechtsausschluß nicht einfach darin liegt, daß der Gesellschafter in seinen Interessen berührt wird, und sich in einem Konflikt befindet. Stimmrechtsausschließend wirkt vielmehr die durch die Verwirklichung des wichtigen Grundes von dem Gesellschafter herbeigeführte besondere, gewissermaßen qualifizierte, Konfliktslage. Diese will das Gesetz vermeiden, weil die Vermutung dafür spricht, daß der be-

---

(154) Für den Fall des § 140 verneinend Wendelstein S.298/11; Jüdel, S. 71 verneinend für den Fall des § 712, mit der Begründung, daß der Geschäftsführer anderenfalls seine Abberufung trotz grober Pflichtverletzung verhindern könnte, insbesondere, wenn er mehrfaches Stimmrecht hat.

(155) Weipert, § 119 Anm. 6, Hueck OHG, § 11, III,2 am Ende.

(156) Hueck a.a.O., Jüdel S. 68.

(157) Vgl. Anm. 153, sowie RGZ 138,98 (103), 124,380.

troffene Gesellschafter sein Stimmrecht entgegen dem Gesellschaftsinteresse ausüben wird.

Das Gesellschaftsinteresse beruht seinerseits aber auf dem im Gesellschaftsvertrag vereinigten Willen der Gesellschafter und wird durch ihn bestimmt und ausgestaltet. Eine vertragliche Einräumung des Stimmrechts auch in diesem Falle wäre daher lediglich eine bestimmte Modifizierung des Gesellschaftsinteresses, dem die Gesellschafter dann eben eine schwächere Stellung gegenüber dem Individualinteresse des Gesellschafters einräumen. Einen zwingenden Grundsatz des Inhalts, daß das Gesellschaftsinteresse dem Einzelinteresse des Gesellschafters vorgehe, gibt es nicht. Auch das Gesellschaftsinteresse ist nur ein privates Interesse. (158) Ebensowenig läßt sich aus § 181 BGB etwas Gegenteiliges herleiten, da die Gesellschafter im Stimmrecht ein eigenes und kein übertragenes Recht ausüben. (159)

Für eine vertragliche Stimmrechtseinräumung kann auch durchaus ein Interesse bestehen. Nehmen z.B. zwei ältere Gesellschafter, etwa die Gründer des Unternehmens, mehrere jüngere auf, so ist es verständlich, wenn sie bei ihrer eigenen Ausschließung wenigstens ein Wort mitreden wollen. Diese Stimmrechtseinräumung ist ein Minus gegenüber der Abrede, daß etwa die beiden älteren Gesellschafter überhaupt nicht ausgeschlossen werden können. (160)

---

(158) Vgl. Hueck, Treugedanke, S. 72 ff1 unter III.

(159) Vgl. Jüdel S. 65, Herzfelder S. 69.

(160) Aus diesem Grunde wird eine sittenwidrige Abhängigkeit von dem mitstimmenden betroffenen Gesellschafter auch in den Fällen nicht begründet, in denen er die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt. (etwa bei Abstimmung nach Kapitalanteilen) Das bedeutet dann nur, daß dieser Gesellschafter gegen seinen Willen eben überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann.

Im Grunde bedeutet die Einräumung eines Stimmrechts an den Betroffenen für die Gesellschafter eine Erschwerung der Ausschließung, die in der Auswirkung einer Vereinbarung gleichkommt, wonach der Auszuschließende nicht mitstimmen darf, die Ausschließung aber nur mit qualifizierter Mehrheit oder einstimmig durchgeführt werden kann. (161) Allerdings kann im Einzelfall die Ausübung des vertraglich eingeräumten Stimmrechts durch den betroffenen Gesellschafter unzulässig sein. Das wird man dann annehmen müssen, wenn auch die anderen Gesellschafter auf Grund besonderer Umstände verpflichtet sind, der Ausschließung dieses Gesellschafters zuzustimmen.

b) Das Stimmrecht des Auszuschließenden in den Fällen der gesellschaftsvertraglichen Erweiterungen des § 140.

Die Frage stellt sich hier dahin, ob gesellschaftsvertraglich vorgesehene Ausschließungsgründe, die objektiv keine wichtigen Gründe im Sinne §§ 140, 133 sind, den gleichen stimmrechtsausschließenden Interessenkonflikt begründen.

Setzen die Gesellschafter vertraglich bestimmte Ausschliessungsgründe fest, so lassen sie damit erkennen, daß sie sie zumindest für ihre Gesellschaft als wichtig, d.h. als dem Gesellschaftszweck hinderlich betrachten. Diese Erwägung rechtfertigt die Gleichstellung dieser vertraglichen nur subjektiv und relativ wichtigen Gründe mit den objektiv wichtigen, was die stimmrechtsausschließende Interessenkollision angeht. Es kann keinen Unterschied bedeuten, ob

(161) Nimmt man beispielsweise bei einer aus vier Gesellschaftern bestehenden OHG an, daß zum Ausschluß Einstimmigkeit der übrigen erforderlich ist, so wäre diese Bestimmung in der Auswirkung einer Vereinbarung des Inhalts gleich, daß Dreiviertelmehrheit erforderlich ist, der Auszuschließende aber mitstimmen darf, wenn man die Stimme des Auszuschließenden von vornherein als Gegenstimme berücksichtigt.

der Konflikt seine Grundlage im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag hat. (162)

Im Falle des absoluten Ausschließungsrechtes ist die Ausschließung nicht an das Vorliegen eines objektiv wichtigen, oder vertraglich für wichtig erklärten Grundes geknüpft, sondern ganz in das Ermessen der Gesellschafter gestellt. Rechtlich ist daher für den nach hier vertretener Auffassung als entscheidend anzusehenden Interessenkonflikt kein Raum, und der Auszuschließende kann grundsätzlich mitstimmen. (163) Es liegt hier ebenso wie im Falle der Kündigung, wo ja, wie S. 64 ausgeführt wurde, der Betroffene ebenfalls mitstimmen kann. Im Einzelfall kann natürlich auch eine Begebenheit zum Ausschluß führen, die objektiv ein wichtiger Grund wäre und das Stimmrecht ausschließt. (164)

---

(162) Der Stimmrechtsausschluß beruht auch in diesem Fall auf dem Interessenkonflikt. Ein in der Vereinbarung des betreffenden Ausschließungsgrundes gleichzeitig etwa zu erblickender Verzicht auf das Stimmrecht läßt sich nicht konstruieren.

(163) So auch Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 15.

(164) Hat z.B. ein Gesellschafter, um einen krassen Fall herauszugreifen, durch eine Unterschlagung oder Veruntreuung die übrigen veranlaßt, ihn auszuschließen, so ist ihm ein Stimmrecht nach § 242 zu versagen. Aber grundsätzlich hat er es. Berufen sich die übrigen Gesellschafter darauf, daß die Stimmabgabe des Auszuschließenden ungültig sei, so müssen sie die Umstände darlegen und beweisen, die das Stimmrecht des Betroffenen ausschließen.

3. Die Pflicht der übrigen Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Ausschließung.

a) Die Mitwirkungspflicht im Falle der gesetzlichen Ausschließungsregelung.

Bei der Ausschließungsklage nach § 140 HGB sind grundsätzlich nur a l l e übrigen Gesellschafter aktiv legitimiert. Häufig bilden sich jedoch in offenen Handelsgesellschaften, insbesondere in Familiengesellschaften, einzelne Gruppen, was zu Meinungsverschiedenheiten über die Ausschließung eines Gesellschafters führen kann. Beteiligt sich aber auch nur ein Gesellschafter nicht an der Klage, so ist sie unzulässig. Verweigert ein Gesellschafter bei der Ausschließungsklage gegen einen anderen Gesellschafter, der sich untragbare Verfehlungen hat zuschulden kommen lassen, die Mitwirkung, so erhebt sich einmal die Frage, ob die Verweigerung der Zustimmung bei Vorliegen der materiellen Ausschließungsvoraussetzungen grundsätzlich oder nur unter bestimmten Umständen einen Verstoß gegen die gesellschaftliche Treupflicht bildet. Dann ist die weitere Frage zu beantworten, welche Folgen die treuwidrige Verweigerung der Zustimmung für den sich weigernden Gesellschafter hat, d.h. welche Maßnahmen gegen ihn zulässig sind.

aa) Stellungnahme im Schrifttum.

Die Behandlung dieser Frage in Literatur und Rechtsprechung ist sehr differenziert und unübersichtlich. Die überwiegende Auffassung lehnt eine grundsätzliche Pflicht der Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Ausschließung eines von ihnen ab. (165) Auch wenn die Ausschließung eines Ge-

(165) Schlegelberger § 140 Anm. 9, § 117 Anm. 6; Hueck OHG, § 29 I 2 c, § 10 VII,4; Fischer NJW 54,780, derselbe NJW 59,1060 unter III,3; ebenso wohl auch Kohler NJW 51,5; Gogos S. 68.
Für die BGB Gesellschaft ebenso Staudinger-Kessler § 737 Anm. 16, § 709 Anm. 21, Fischer RGRK Anm. 4. Vgl. weiter RGZ 162,398 = DR 40,721 mit zustimmender Anmerkung von Herschel. Vgl. auch BGH LM § 105 Nr.8, wo die Verpflichtung bei Abänderungen des Gesellschaftsvertrages mitzuwirken grundsätzlich verneint wird.

sellschafters im Interesse der Gesellschaft liege, so werde dadurch doch die Gesellschaft auf eine veränderte personelle Grundlage gestellt. Die übrigen Gesellschafter hätten jedoch ein berechtigtes Interesse am unveränderten Personenbestand der Gesellschaft, und es müsse grundsätzlich ihrem Ermessen überlassen bleiben, ob sie sich für eine solche Veränderung entscheiden wollen. Eine Verweigerung der Zustimmung und Mitwirkung zur Ausschließung stellt sich nach dieser Meinung nur beim Vorliegen besonderer Umstände als pflichtwidrig dar.

Die Gegenauffassung (166) leitet die Pflicht zur Zustimmung nach "pflichtgemäßem Ermessen" (167) aus der Pflicht zur Gesellschaftstreue und zur Förderung des Gesellschaftszweckes her. Insbesonders ergebe sich diese Pflicht aus einer etwa bestehenden Fortsetzungsvereinbarung. (168) In Ausnahmefällen könne jedoch die Weigerung berechtigt sein, z.B. bei naher Verwandtschaft zu dem Auszuschließenden.

Was die Folgen der treuwidrigen Verweigerung betrifft, so wird teilweise angenommen, daß eine Klage auf Zustimmung nicht möglich sei. (169) Die Ausschließung müsse in diesem Fall unterbleiben. Je nach den Umständen könne jedoch die Verweigerung der Zustimmung einen selbständigen Ausschliessungsgrund auch gegen den sich Weigernden bilden, oder die Auflösung in Betracht kommen. Ebenso könne er sich schadensersatzpflichtig machen. Die Gegenauffassung läßt die

---

(166) Weipert § 140 Anm. 15, Baumbach-Duden § 140 Anm. 3A, Böhm DJZ 28,936, Karger ebenda S. 1074.

(167) Mit dieser etwas unklaren Formulierung ist wohl zum Ausdruck gebracht, daß der Gesellschafter prüfen muß, ob die Ausschließung im Gesellschaftsinteresse liegt.

(168) So Weipert a.a.O.

(169) Hueck OHG § 10 VII, 4 § 29 I 2 c, Schlegelberger § 117 Anm. 7, § 140 Anm. 9, Gogos S. 67/68.

Klage auf Zustimmung konsequenterweise zu. (170) Kohler (171) begründet die Zulässigkeit der Zustimmungsklage mit der Erwägung, daß die Berechtigung, das schärfere Mittel, die Ausschließung, zu verlangen, logischerweise auch dazu berechtige, das mildere Mittel, die Klage auf Zustimmung, zur Anwendung zu bringen. Die Pflicht zur Beschränkung auf das geringstnotwendige Mittel ergebe sich aus der gesellschaftlichen Treupflicht. Auch Fischer (172) weist auf den dargelegten Widerspruch hin. Allerdings sei bei der für die Bejahung einer solchen Zustimmungspflicht erforderlichen Interessenabwägung im Einzelfall Zurückhaltung geboten. (173)

bb) Eigene Ansicht.

Der die Zustimmungspflicht grundsätzlich verneinenden Auffassung ist zuzustimmen. Maßgebend ist die von Hueck (174) dargelegte Interessenordnung. Danach hat der einzelne Gesellschafter seine privaten Interessen nur bei der Geschäftsführung für die Gesellschaft dem Gesellschaftsinteresse unterzuordnen, nicht aber dann, wenn es sich um die Änderung der Grundlagen der Gesellschaft handelt. Eine so weitgehende Berücksichtigung des Gesellschaftsinteresses wird grundsätzlich von der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftszweckes nicht gedeckt. Ein Gesellschafter kann zu dem Ergebnis kommen, daß durch den Wegfall der Mithaftung und der

---

(170) Weipert § 140 Anm. 15, Herschel a.a.O., Karger a.a.O., Boehm a.a.O. hält sogar eine Mitwirkung des sich zu Unrecht Weigernden überhaupt nicht für erforderlich.

(171) NJW 51,5 ff.

(172) NJW 54,780

(173) So auch Staudinger-Kessler § 709 Anm. 21.

(174) Hueck, OHG § 13 I 3, 11 III,3, derselbe Treuegedanke, unter IV,8.

persönlichen Beteiligung des Auszuschließenden der Verbleib in der Gesellschaft für ihn persönlich nachteilig werden würde. Der sich weigernde Gesellschafter kann gerade im Vertrauen auf die Tüchtigkeit und die finanzielle Stärke des Gesellschafters, der nunmehr ausgeschlossen werden soll, der Gesellschaft beigetreten sein. Die Zustimmung zur Ausschließung fordert hier von dem Gesellschafter eine ähnliche neue Entscheidung wie der Abschluß des Gesellschaftsvertrages.

Das bedeutet aber nur, daß er seinen privaten Interessen grundsätzlich den Vorrang vor dem Gesellschaftsinteresse einräumen, nicht aber, daß er ihnen so folgen darf, als ob er überhaupt nicht Gesellschafter wäre. Ein Reflex der gesellschaftlichen Treupflicht fällt von vornherein auf die privaten Interessen eines jeden Gesellschafters. Auf Grund besonderer Umstände kann er sich zu dem Verbot verdichten, sich von ihnen leiten zu lassen. (175) Wann eine solche treuwidrige Berücksichtigung eigener Interessen, und damit eine treuwidrige Verweigerung der Zustimmung gegeben ist, richtet sich demnach ganz nach den Umständen des Einzelfalles. Eine absolute Befreiung von dieser möglichen Zustimmungspflicht, etwa auf Grund enger persönlicher Beziehungen zu dem Auszuschließenden (z.B. Verwandtschaft) gibt es nicht. Diese sind nur als ein Umstand

---

(175) Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Verweigerung ohne Grund erfolgt und der Gesellschaft dadurch entscheidender Schaden zugefügt wird, (so Fischer NJW 59,1060 unter III,3). Vgl. auch BGH NJW 61, 724, der die Pflicht dem Ausscheiden eines Gesellschafters zuzustimmen für den Fall bejaht, daß kein schutzwertes Interesse an dessen weiteren Verbleib in der Gesellschaft besteht. Vgl. weiter BGH LM § 105 HGB Nr. 8. Danach kann ein Gesellschafter unter besonderen Umständen verpflichtet sein, einer notwendig gewordenen Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen.

unter anderen mitzuberücksichtigen. (176)

Liegt in der Verweigerung der Zustimmung eine Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht, so ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesellschafter nicht auf Zustimmung zur Ausschließung sollte verklagt werden können. Für eine so weitgehende Garantie der freien Entscheidung dieses Gesellschafters, wie sie in der Verneinung der Zustimmungsklage liegen würde, besteht kein Anlaß. Es wäre ein Widerspruch, daran festhalten zu wollen, der Gesellschafter habe das Recht frei zu entscheiden, ob er zustimmen wolle oder nicht, er müsse nur die Konsequenzen tragen und dann unter Umständen seine eigene Ausschließung über sich ergehen lassen, und dabei das Verhalten des Gesellschafters unter dem Gesichtspunkt einer Zustimmungspflicht überhaupt nicht mehr zu betrachten. Man kann die Entscheidungsfreiheit des Gesellschafters nur insoweit respektieren, als von ihr kein treuwidriger Gebrauch gemacht wird. Liegt ausnahmsweise eine Pflichtverletzung vor, so liegt sie eben in der Unterlassung eines bestimmten Tuns, nämlich der Zustimmung. Daraus folgt, daß die unterlassene Zustimmung Inhalt der Verpflichtung war. Der einfachste Ausgleich für diese Pflichtverletzung ist die Zustimmung oder ihre gerichtliche Erzwingung. Ließe man eine Ausschließung des sich Weigernden zu, verneinte man aber die Möglichkeit einer

(167) Insoweit ist der Begründung der Entscheidung des OLG Nürnberg (BB 58,1001) zu widersprechen. Es führt dort ganz allgemein aus, daß nahe Verwandtschaft als die primäre engere persönliche Beziehung den Vorrang vor den Gesellschaftsinteressen haben müsse und ohne Rücksicht auf die Größe der Verfehlung ein Recht zur Verweigerung der Zustimmung zur Ausschließung gebe. - Auf die Verwandtschaft allein kann es aber nicht entscheidend ankommen, sondern nur darauf, ob zwischen dem Auszuschließenden und dem sich Weigernden ein besonderes, die Weigerung rechtfertigendes Vertrauensverhältnis besteht, das auch durch langjährige erprobte Freundschaft begründet sein kann. (so richtig Kohler NJW 51,5) Die Größe der Verfehlung und die Art der persönlichen Beziehungen können bei der Beurteilung der Weigerung aber durchaus gegeneinander abgewogen werden.

Zustimmungsklage, so läge darin ein unlösbarer Widerspruch. (177) Das Recht des sich weigernden Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, (§ 133 I HGB) bleibt durch die Zustimmungspflicht natürlich unberührt. Macht er davon Gebrauch, und ist sein Begehren begründet, so ist die Frage der Ausschließung und seiner Zustimmungspflicht illusorisch geworden.

b) Die Mitwirkungspflicht im Falle vertraglicher Änderungen der gesetzlichen Ausschließungsregelung.

Vertragliche Vereinbarungen, in denen sich die Gesellschafter allgemein verpflichten, bei der Ausschließung eines von ihnen im Falle der Verwirklichung eines wichtigen Grundes in seiner Person mitzuwirken, werden in der Praxis kaum vorkommen. Es wird im Gegenteil in der Regel die Tendenz bestehen, daß sich die Gesellschafter für diese Fälle im Gesellschaftsvertrag eine möglichst weitgehende Entscheidungsfreiheit sichern wollen. Besondere vertragliche Ausgestaltungen der Ausschließungsregelung können jedoch auch zu besonderen Schlußfolgerungen bezüglich der Mitwirkungspflicht führen.

---

(177) So Kohler a.a.O. Das gleiche meint wohl Fischer NJW 54, 780, wenn er die Zustimmungspflicht daraus folgert, daß jeder Gesellschafter grundsätzlich verpflichtet sei, vorsätzlich keinen Grund für seine Ausschließung herbeizuführen und somit also auch verpflichtet sei, nicht vorsätzlich mit der Zustimmungsverweigerung einen wichtigen Ausschließungsgrund zu schaffen. Dieses Umweges in der Begründung bedarf es jedoch gar nicht. Im übrigen wäre es ja auch denkbar, daß die Verweigerung der Zustimmung nicht zur eigenen Ausschließung des sich Weigernden ausreicht. Für diesen Fall entfiele der Ausgangspunkt für die Argumentation Fischers.

aa) Die Mitwirkungspflicht bei besonderen inhaltlichen Ausgestaltungen des Ausschließungsrechtes. (178)

1. Aus der bloßen Existenz einer Fortsetzungsklausel für den Fall der Ausschließung läßt sich eine Mitwirkungspflicht noch nicht herleiten. (179) Mit der Fortsetzungsklausel bekunden die Gesellschafter lediglich, daß sie die Gesellschaft auch dann aufrechterhalten wollen, wenn einer von ihnen ausscheidet oder ausgeschlossen wird. Es ist mit dieser Klausel aber noch nichts darüber zum Ausdruck gebracht, ob sie bei einer Entscheidung über die Ausschließung als solche ihr Ermessen walten lassen, oder ob sie sich pflichtbegründend an die Ausschließungsvoraussetzungen binden wollen. Die Gesellschafter lassen mit der Fortsetzungsvereinbarung nur erkennen, daß sie besonderen Wert auf die Unternehmenserhaltung legen und eine Auflösung vermeiden wollen.
2. Dagegen kann sich aus der Betonung bestimmter Ausschliessungsgründe eine Mitwirkungspflicht der Gesellschafter ergeben. Zwar wird man die Vereinbarung eines sogenannten absoluten Ausschließungsgrundes noch nicht als genügend ansehen können, weil dieser nur unbedingt die Ausschliessung rechtfertigen, aber noch nicht zu ihr verpflichten soll. Es kann aber sein, daß die Art und die Besonderheiten der Vereinbarung eines Ausschließungsgrundes erkennen lassen, daß die Gesellschafter mit demjenigen von ihnen, in dessen Person er vorliegt, unter keinen Umständen zusammenbleiben wollen. So könnte beispielsweise vereinbart sein, daß ein Gesellschafter, der wegen eines Vermögensdeliktes bestraft wird, auf jeden Fall ausgeschlossen wird. Hier kann die Auslegung ergeben, daß die Gesellschaft auf der

---

(178) Die Aufzählung ist beispielhaft zu verstehen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder systematische Ordnung. Es handelt sich um Einzelfälle, die in der Literatur besonders genannt werden oder besonders naheliegen.

(179) Weipert § 140 Anm. 15 zitiert diesen Fall als Beispiel für das Bestehen einer Mitwirkungspflicht.

unbedingten Untadeligkeit der Gesellschafter in Vermögensangelegenheiten aufgebaut ist. In diesem Falle sind auch alle Gesellschafter grundsätzlich verpflichtet, für die Erhaltung dieser Basis zu sorgen, und den zu ihrer Erhaltung vorgesehenen Weg der Ausschließung des Betroffenen zu beschreiten.

3. Auch die vertragliche Einräumung der extremen Ausschliessungserleichterung, das absolute Ausschließungsrecht (vgl. unter § 3 V), steht unter der gesellschaftlichen Treupflicht. Unter besonderen Umständen ist auch hier eine Mitwirkungspflicht denkbar. Allerdings sind zwei Arten von Fällen zu unterscheiden:

   Erfolgt die Ausschließung wie eine ordentliche Kündigung, ohne besonderen Anlaß, d.h. beruht sie nur auf dem Willen der Gesellschafter, dann hat jeder Gesellschafter das Recht, seinen Willen gleichberechtigt neben dem der anderen geltend zu machen. Von einer Mitwirkungspflicht auf Grund der Treupflicht kann in diesen Fällen überhaupt nicht die Rede sein.

   Liegt dagegen der Ausschließung ein dem wichtigen Grund vergleichbarer konkreter Anlaß zugrunde, so kann in der Verweigerung der Zustimmung ein Mißbrauch des eingeräumten Ermessens liegen.

bb) Die Mitwirkungspflicht bei besonderen Verfahrensvereinbarungen.

1. Hierher gehört der Fall, daß im Gesellschaftsvertrag der Mehrheit der Gesellschafter das Recht übertragen ist, die Erhebung der Ausschließungsklage zu beschließen. Folgt man der Auffassung, daß dann die Mehrheit nicht auch selbst die Klage erheben kann, so sind die überstimmten Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Klageerhebung verpflichtet (180)

---

(180) So die in Anmerkung 106 Genannten.

2. Für den Fall der Substituierung des Klageverfahrens durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter wird die Auffassung vertreten, daß sich hier die Frage nach der Mitwirkungspflicht "grundsätzlich nicht stelle", (181) und die Situation insofern anders sei, als bei einem einstimmigen Beschluß.

Diese nicht näher begründete Auffassung ist abzulehnen. Die Tatsache, daß ein Mehrheitsbeschluß für die Ausschliessung vorgesehen ist, hat auf die Frage, ob eine Mitwirkungspflicht besteht, keinen Einfluß. Richtig ist nur, daß sich die Frage seltener stellen wird, weil der Mehrheitsbeschluß die Ausschließung erleichtert und der Mitwirkung des einzelnen Gesellschafters weniger Bedeutung zukommt. Eine Pflicht zur Mitwirkung kann unter besonderen Gesichtspunkten ebenso bestehen. Das bestimmt sich allein nach den Gesichtspunkten, die für eine Verletzung der Treupflicht entscheidend sind.

Es läßt sich nicht vertreten, daß der Mehrheitsbeschluß und eine Pflicht zur Mitwirkung ihrem Wesen nach miteinander unvereinbar sind. Mit der vertraglichen Zulassung des Mehrheitsbeschlusses wird nicht die Möglichkeit des Dagegenstimmens gleichwertig neben der des Zustimmens eingeräumt. Vielmehr soll eine Erleichterung geschaffen werden, durch die einer vereinzelten Gegenstimme ihre Bedeutung genommen wird.

---

(181) So Fischer RGRK § 737 Anm. 5 am Ende. Ist die Bemerkung Fischers in dem Sinn gemeint, daß die Fälle der Mitwirkungspflicht faktisch im Mehrheitsbeschlußverfahren auf eine noch geringere Zahl von Ausnahmen beschränkt sind, so ist dagegen nichts einzuwenden. Anders aber, wenn sie so zu verstehen ist, daß das Problem der Mitwirkungspflicht hier rechtlich aus Gründen entfällt, die in der gesellschaftsvertraglichen Zulassung der Ausschließung durch Mehrheitsbeschluß zu suchen sind. Diese Interpretation liegt den Ausführungen des Textes zugrunde.

§ 6. Vertragliche Vereinbarungen über das Verhältnis der Ausschließung zur Auflösung.

I. Das Problem.

Grundsätzlich haben die Gesellschafter im Falle des Eintritts eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters die Wahl, ob sie den betroffenen Gesellschafter ausschließen, oder ob sie die Gesellschaft auflösen wollen. Das Recht die Auflösung zu verlangen, steht jedem einzelnen Gesellschafter zu. (§ 133 I) Hier geht es um die Frage, ob gesellschaftsvertraglich vorgesehen werden kann, daß in diesen Fällen von vornherein die Ausschließung an die Stelle der Auflösung treten soll, oder ob in einer solchen Vereinbarung eine zu weitgehende, durch § 133 III ausgeschlossene Einschränkung des Auflösungsrechtes zu erblicken ist.

Der Konkurrenzbereich von Ausschließung und Auflösung ist allerdings enger als zunächst scheinen könnte. Nicht jeder in der Person eines Gesellschafters eintretende wichtige Grund rechtfertigt die Ausschließung, (182) während es durchaus möglich ist, daß wegen dieses Grundes die Auflösung durchgeführt wird. Ein wirkliches Nebeneinander der Ausschließungs- und der Auflösungsmöglichkeit besteht demnach nur für die Fälle, in denen sowohl das Ausschliessungs- als auch das Auflösungsbegehren gerechtfertigt wären.

---

(182) Vgl. dazu Weipert § 140 Anm. 8, Schlegelberger § 140 Anm. 5, Heymann-Kötter § 140 Anm. 1. Die Berücksichtigung des Verhaltens der übrigen Gesellschafter kann es z.B. unbillig erscheinen lassen, den Klagenden das Unternehmen zu überlassen. (So z.B. BGH WM 61, S. 33) Dann bleibt den Gesellschaftern nur die Auflösungsmöglichkeit.

Von der gesetzlichen Regelung abgesehen sind zwei Möglichkeiten denkbar, wie die beiden Rechtsinstitute Auflösung und Ausschließung vertraglich zueinander in Beziehung gesetzt werden können:

1. Das Ausschließungsverfahren könnte dem Auflösungsverfahren lediglich vorgeschaltet werden, so daß das Auflösungsverfahren erst zulässig wäre, wenn das Ausschliessungsverfahren ohne Erfolg versucht worden ist. (Etwa weil die für die Ausschließung erforderliche Mehrheit nicht erreicht wurde.)

2. Die Auflösungsmöglichkeit könnte für den geschilderten Konkurrenzbereich überhaupt durch das Ausschließungsverfahren substituiert werden, mit der Wirkung, daß eine Auflösung in diesen Fällen überhaupt nicht zulässig wäre.

II. Stellungnahme im Schrifttum.

In der das Problem behandelten Literatur wird soweit ersichtlich diese Unterscheidung nicht getroffen.
Die für die Zulässigkeit einer derartigen Klausel eintretende Auffassung (183) spricht von einer Vereinbarung, in der sich die Gesellschafter verpflichten, statt auf Auflösung der Gesellschaft nur auf Ausschließung des betroffenen Gesellschafters zu klagen. Hueck a.a.O. läßt jedoch deutlich erkennen, daß er nur die Möglichkeit 1.) im Auge hat. Er hält die Auflösungsmöglichkeit auch bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung dann für gegeben, wenn die Ausschließung nicht durchführbar ist, etwa weil

(183) Weipert § 133 Anm. 26 am Ende, Hueck OHG, § 25 V 1 b Vgl. auch Marcus, Recht 1912, 313. Marcus hält eine Vereinbarung für zulässig, wonach in der Person eines Gesellschafters eintretende Auflösungsgründe nur als Ausschließungsgründe dürfen geltend gemacht werden. Nur in dieser Beschränkung enthalte § 133 I und II zwingendes Recht. Die ratio des Abs. III stehe einer so motivierten beschränkenden Auslegung nicht entgegen.

die anderen Gesellschafter die Mitwirkung bei der Ausschließungsklage gegen den betroffenen Gesellschafter verweigern. Hueck und Weipert nehmen an, daß der mit der Bestimmung des § 133 III verfolgte Zweck mit der in Frage stehenden Vereinbarung ebenso erreicht wird. Mit dem Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters sei die Fortsetzung der Gesellschaft zumutbar geworden. Nur in dieser durch den wichtigen Grund bedingten Unzumutbarkeit ist danach der gesetzgeberische Grund für die Gewährung des durch Beschränkungsverbot gesicherten Auflösungsrechtes zu finden. (184) Hueck betrachtet die Klausel unter dem Aspekt der vertraglichen Ausgestaltung der Auflösungsfolgen, die im Gegensatz zur Begrenzung der Auflösungsvoraussetzungen vertraglichen Vereinbarungen zugänglich sind. Da die Vereinbarung zulässig sei, daß im Falle der Auflösung nur derjenige, in dessen Person der wichtige Grund eingetreten ist, ausscheiden soll, die übrigen aber die Gesellschaft fortsetzen, müsse auch die in Frage stehende Klausel möglich sein.

Die die Zulässigkeit der Klausel verneinende Auffassung (185) scheint demgegenüber von der Alternative 2.) auszugehen. So sieht Hachenburg a.a.O. die eigentliche Beschränkung des Auflösungsrechtes des einzelnen Gesellschafters bei dieser Vereinbarung in der Erforderlichkeit der Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter bei der Ausschließung. Im übrigen liege Sinn und Zweck der Auflösung und der Regelung des § 133 III auch mit darin, daß der Auflösungsberechtigte selbst seinerseits von der gesellschaftlichen Bindung frei wird. Der Gesellschafter, der gezwungen ist, anstelle der Auflösung auf Ausschließung zu klagen, werde selbst unzulässigerweise in einer in ihren Grundlagen veränderten Gesellschaft festgehalten.

---

(184) Vgl. auch Weipert § 140 Anm. 29.

(185) Düringer-Hachenburg, § 133 Anm. 19 am Schluß. Schlegelberger § 133 Anm. 34.

III. Eigene Ansicht. (186)

1. Die vertragliche Vorschaltung des Ausschließungs- vor das Auflösungsverfahren.

Bei dieser Alternative geht es um die Frage, ob sich die Gesellschafter wirksam verpflichten können, vor der Auflösung das Ausschließungsverfahren zu versuchen, mit der Wirkung, daß für den Fall der Durchführbarkeit der Ausschließung aus dem Grund, der die Ausschließung rechtfertigt, die Auflösung nicht möglich sein soll. Es handelt sich gewissermaßen um einen durch das Gelingen der Ausschließung bedingten Verzicht auf die Auflösung.

Geht man vom Wortlaut des § 133 III aus, so bedeutet die Vorschaltung des Ausschließungsverfahrens eine Einschränkung des Auflösungsrechts, da es für eine Reihe von Fällen nicht mehr unmittelbar zur Verfügung steht. Die ratio legis der Bestimmung des § 133 III gestattet jedoch eine engere Auslegung. Der mit der Vorschrift verfolgte Zweck wird mit der in Frage stehenden Art der Vereinbarung ebenso erreicht.

Die das Freiwerden des zur Auflösung berechtigten Gesellschafters betonende Auffassung schießt über das Ziel hinaus. Gewiß soll er frei werden, aber nur von einer ihm nicht zumutbaren Bindung. Die Unerträglichkeit der Freiheitsbeschränkung liegt aber nicht in der gesellschaftlichen Bindung als solcher, sondern in ihrer durch die Verwirklichung des wichtigen Grundes herbeigeführten Strapazierung. Das Gesetz gibt den Gesellschaftern mit der Auflösung ein Radikalmittel in die Hand, mit dem diese unerträgliche Bindung auf jeden Fall beseitigt werden kann. Durch § 133 III sollen die Gesellschafter aber nicht gehindert werden,

(186) Da hier die Frage nach der Wirksamkeit der Klausel von der ihr beigelegten Wirkung abhängt, wird die rechtliche Prüfung der beiden unter I angeführten Möglichkeiten getrennt vorgenommen.

dem in der Person eines Gesellschafters eventuell eintretenden wichtigen Grund durch zusätzliche gesellschaftsvertraglich vorgesehene Abhilfemaßnahmen zu begegnen und sich vertraglich zu ihrer Vornahme zu verpflichten.

Diese freiere Auslegung der Bestimmung des § 133 III wird von der überwiegenden Meinung gebilligt. (187) Danach wird den Gesellschaftern eine "gewisse Bewegungsfreiheit" (188) auch für einschränkende vertragliche Vereinbarungen zugestanden, so insbesondere auch die Möglichkeit, zu bestimmen, daß bestimmte Tatsachen keinen Auflösungsgrund bilden sollen. Ohne Bedenken wird eine solche Vereinbarung zugelassen, wenn außerdem noch Abhilfemaßnahmen vorgesehen sind. (189) Etwas anderes als die Vereinbarung einer Abhilfemaßnahme beinhaltet aber auch die in Frage stehende Verpflichtung zur Ausschließung nicht. Solange von der Abhilfemaßnahme, mit der ja alle Gesellschafter einverstanden waren, kein Gebrauch gemacht worden ist, wird in der Regel bei Berücksichtigung aller Umstände kein wichtiger Auflösungsgrund vorliegen. Eine dem Sinn des § 133 III widersprechende Einschränkung liegt daher auch hier nicht vor, sondern nur die verbindliche Vorschaltung eines zusätzlichen Ausweges.

---

(187) Vgl. Schlegelberger § 133 Anm. 30, der die Grenze für beschränkende Vereinbarungen in der praktischen Ausschließung oder der ungebührlichen Erschwerung des fristlosen Auflösungsrechts sieht. Ebenso Weipert § 133, Anm. 28, der darauf abstellt, ob das Auflösungsrecht in einer dem Zweck des § 133 III widersprechenden Weise eingeschränkt wird. Ähnlich Ritter § 133 Anm. 3, Baumbach-Duden § 133 Anm. 4. Vgl. auch RGZ 156,129, Barz JW 38,492, abweichend Hueck, OHG, § 25 V, 1a, der einschränkende Vereinbarungen grundsätzlich für unzulässig hält, ihnen jedoch eine gewisse tatsächliche Bedeutung für die Entscheidung der Frage beimißt, ob ein wichtiger Auflösungsgrund vorliegt.

(188) So RGZ 156, 129.

(189) Vgl. Schlegelberger § 133 Anm. 28, Weipert § 133 Anm. 28 mit dem Beispiel, daß für den Fall längerer Krankheit eines Gesellschafters die Einstellung einer Ersatzkraft auf seine Kosten vorgesehen ist.

Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb die Gesellschafter die ihnen nach der gesetzlichen Regelung im konkreten Einzelfall zustehende Wahlmöglichkeit zwischen Auflösung und Ausschließung nicht generell durch die Festlegung der Rangfolge - zuerst Ausschließung, nur im Falle ihres Mißlingens Auflösung - im Gesellschaftsvertrag sollten vorwegnehmen können. Sie geben damit zu erkennen, daß sie dem Prinzip der Unternehmenserhaltung (190) ganz besondere Bedeutung beimessen.

Schließlich könnten die Gesellschafter durch eine Liquidationsvereinbarung dasselbe Ziel erreichen, worauf Hueck (s.S. 79) hinweist. Dafür, daß dieses Ergebnis nur als vertragliche Ausgestaltung der Auflösungsfolgen möglich sein soll, sind jedoch keine zwingenden Gründe ersichtlich.

Das heißt aber nicht, daß ein durch diese besondere Vereinbarung gebundener Gesellschafter nicht trotzdem unter besonderen Umständen von vornherein auf Auflösung klagen könnte. Der Gesellschafter muß dann aber dartun, daß ihm unter den obwaltenden Umständen trotz dieser Verpflichtung nicht zugemutet werden kann, in der Gesellschaft zu verbleiben. (191) Damit wird die Klausel nicht auf eine bloß tatsächliche Bedeutung bei der Prüfung eines wichtigen Auflösungsgrundes beschränkt. (192) Die Verpflichtung ist als vertragliche Vereinbarung wirksam. Nur kann ihre Erfüllung im Einzelfall unzumutbar sein.

---

(190) Dieser Grundsatz ist einer der Leitgedanken des Gesellschaftsrechts. Vgl. Lehmann S. 53.
Allerdings kann sich die fehlende Teilnahme des Ausgeschlossenen als selbständiges Hindernis für die Fortsetzung der Gesellschaft erweisen und die Auflösung dann später doch nötig sein.

(191) Vgl. Schlegelberger § 133 Anm. 30

(192) So Hueck vgl. Anmerkung 187.

2. Die Substitution des Auflösungsrechtes durch die Ausschließungsbefugnis.

In diesem Falle soll durch vertragliche Vereinbarung das Auflösungsrecht in einem Teilbereich, der durch die Voraussetzungen der Ausschließung bestimmt wird, durch die Ausschließungsbefugnis überhaupt ersetzt werden.
Ein derartiger völliger Ausschluß des Auflösungsrechtes ist mit dem Beschränkungsverbot des § 133 III jedoch nicht vereinbar. Als letzter Ausweg muß nach der ratio legis die Auflösungsmöglichkeit bestehen bleiben. Die Funktion des Auflösungsrechts kann die Ausschließungsbefugnis nicht übernehmen. (193) Das Auflösungsrecht des einzelnen darf auch nicht dadurch eingeschränkt werden, daß es von einem Mehrheitsbeschluß abhängig gemacht wird. (194) Als Verfahren für die Ausschließung wird jedoch häufig Mehrheitsbeschluß vorgesehen.

---

(193) Die Auflösung hat gegenüber der Ausschließung die Eigenart, alle Gesellschafter gleichermaßen zu treffen. Die Gesellschafter werden von dieser Möglichkeit daher weniger rasch Gebrauch machen, als von der Ausschließung.
Eine Substitution wäre außerdem nur unter der analogen Anwendung des § 133 III auf das an die Stelle der Auflösungsbefugnis tretende Ausschließungsrecht denkbar, da e i n e Lösungsmöglichkeit des gesellschaftlichen Bandes im Falle des wichtigen Grundes ja bestehen muß.
Ob eine stärkere Betonung des Prinzips der Unternehmenserhaltung darin seine gesetzliche Ausprägung finden sollte, daß die Ausschließung durch zwingendes Recht geschützt und an ihrer Stelle die Auflösung allen vertraglichen Abwandlungen ausgesetzt wird, ist eine rechtspolitische, de lege ferenda zu entscheidende Frage. Vgl. dazu Steiner S. 121.

(194) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 133 Anm. 21, Weipert § 133 Anm. 25, Schlegelberger, § 133 Anm. 31, Baumbach-Duden, § 133 Anm. 4, Hueck OHG, § 25 V,2.

§ 7. Der vertragliche Ausschluß des Abfindungsanspruches eines Gesellschafters für den Fall seiner Ausschliessung.

I. Vorbemerkung.

An jede Art des Ausscheidens eines Gesellschafters schließt sich das Abfindungsschuldverhältnis an. Besondere handelsrechtliche Vorschriften über die Abfindung bestehen nicht, so daß nach § 1o5 II HGB die Bestimmung der §§ 738 - 741 BGB Anwendung finden. Diese gewähren dem ausscheidenden Gesellschafter gewisse Rechte, von denen der Anspruch auf Abfindung das wirtschaftlich wichtigste ist. Die gesetzliche Regelung hat dabei mehr das Interesse des Ausscheidenden im Auge, als das der verbleibenden Gesellschafter und damit der Gesellschaft. Das hat seinen Grund darin, daß der Gesetzgeber bei der BGB-Gesellschaft grundsätzlich von Gelegenheitszusammenschlüssen ausging. Änderungen der grundsätzlich dispositiven gesetzlichen Regelung sind daher für die handelsrechtlichen Personalgesellschaften häufig und werden auch allgemein zugelassen. (195) Hier geht es um die Frage, ob gesellschaftsvertraglich vorgesehen werden kann, daß der Auszuschließende keinen Anspruch auf Abfindung in irgendeiner Form hat, oder ob diese Vereinbarung wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist.

---

(195) Weipert § 138 Anm. 31, Schlegelberger § 138 Anm. 26, Baumbach-Duden § 138 Anm. 4 F, Hueck OHG, § 29,II,5, a, e. Vgl. auch RGZ 122,150; 145,293.
Für die BGB Gesellschaft vgl. statt aller Staudinger-Kessler § 738 Anm. 18.

II. Stellungnahme im Schrifttum.

Eine ausdrückliche bejahende Stellungnahme findet sich soweit ersichtlich nur bei Staudinger. (196) Die Vereinbarung, daß der Ausscheidende nichts erhält, sei insbesondere in den Fällen zwangsweisen Ausscheidens häufig, weil man den Ausgeschlossenen schlechter stellen wolle als den freiwillig Ausscheidenden. Anderen Schriftstellern läßt sich jedoch mittelbar entnehmen, daß sie gegen die Vereinbarung einer entschädigungslosen Ausschließung keine Bedenken habe. (197)

---

(196) Staudinger-Kessler § 738 Anm. 19. Entgegengesetzt allerdings § 737 Anm. 10, wo allgemein ausgeführt wird, daß sich die übrigen Gesellschafter nicht auf Kosten des Ausscheidenden unbillig bereichern dürfen und die Ausschließung nur gegen angemessene Abfindung vereinbart werden dürfe. Eine entschädigungslose Ausschließung sei sittenwidrig. Verfehlt ist aber die Bezugnahme auf Hueck, OHG, S. 281. Die dortigen Ausführungen Huecks betreffen nur den Fall, daß die Vereinbarung eines absoluten Ausschließungsrechts mit der eines Abfindungsausschlusses verbunden wird. Man wird daher annehmen dürfen, daß es sich bei dem Widerspruch lediglich um eine Ungenauigkeit handelt, und die im Text wiedergegebene Auffassung als die Auffassung Staudinger-Kesslers anzusehen ist.

(197) Vgl. dazu Knöchlein, DNotZ 60, S. 455. Bejahend grundsätzlich wohl Schlegelberger, § 138 Anm. 26 am Ende, wo allerdings in erster Linie an den Fall des Todes eines Gesellschafters gedacht ist; Weipert § 132 Anm. 15 (S. 318 Mitte), der in der gänzlichen Ausschließung vom Abwicklungserlös wohl regelmäßig, aber nicht ausnahmslos eine unzulässige Beschränkung des Kündigungsrechts erblickt. Vgl. auch § 138 Anm. 35 und § 141 Anm. 23, wo eine Kürzung oder Ausschließung des Abfindungsguthabens für den Fall des Gläubigerzugriffes für unzulässig gehalten wird. So wohl auch die weiter in Anmerkung 195 Genannten, die der Ansicht sind, daß die Frage der Abfindung nach Belieben abweichend vom Gesetz vertraglich geregelt werden kann. Vgl. auch BGHZ 22,194 mit weiteren Nachweisen.
Der BGH hält den vertraglichen Ausschluß des Abfindungsanspruchs der Erben des Gesellschafters im Interesse des Gesellschaftsunternehmens für zulässig.

Der völlige vertragliche Ausschluß eines Abfindungsanspruches wird neuerdings von Knöchlein (198) ganz allgemein für sittenwidrig gehalten. Abgesehen davon, daß ein entschädigungsloses Ausscheiden grob unbillig sei, sei eine solche Vereinbarung nach § 138 BGB nichtig. Niemand könne nach den zu § 138 entwickelten Grundsätzen über ein gewisses Maß hinaus auf seine wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit verzichten. Dieses Maß sei aber bei der in Frage stehenden Vereinbarung grundsätzlich überschritten. Es bestehe die Gefahr, daß der Gesellschafter geknebelt und ausgebeutet werde. Die übrigen Gesellschafter könnten ohne finanzielles Risiko auf das Ausscheiden oder den Ausschluß eines Gesellschafters hinwirken. Ausserdem komme dem Abfindungsausschluß die Wirkung einer unzulässigen Kündigungsbeschränkung zu, weil der betroffene Gesellschafter gezwungen sei, ohne zeitliche Grenze Gesellschafter zu bleiben, wenn er nicht seiner Beteiligung verlustig gehen wolle.

---

(198) a.a.O., insbesondere S. 455, verneinend im übrigen auch Gierke, S. 219 ohne nähere Begründung mit der bereits in Anm. 196 erläuterten verfehlten Bezugnahme auf Hueck, OHG, S. 281. Schlegelberger § 138, Anm. 26 zitiert in mißverständlicher Weise Kipp-Coing Erbrecht, § 87 III, Anm. 37 als Vertreter der Gegenauffassung, für den Fall des Ausscheidens von Todes wegen. Kipp-Coing wendet sich a.a.O. jedoch nicht gegen die Zulässigkeit einer Ausschließung des Abfindungsanspruches überhaupt sondern nur dagegen, daß er für den Fall des Todes eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag möglich sei. Er hält eine letztwillige Verfügung für nötig.

III. Eigene Ansicht.

Der vertragliche Ausschluß des Abfindungsanspruches kann grundsätzlich nicht als sittenwidrig angesehen werden.

Die Gegenauffassung Knöchleins ist schon im Ansatzpunkt zu allgemein. Die Frage der Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung kann nicht abstrakt für alle Fälle des Ausscheidens geprüft werden. (199) Um die Prüfung sinnvoll durchführen zu können, darf der Sonderfall des Ausscheidens, um den es sich handelt, nicht außer Betracht gelassen werden. Es liegt auf der Hand, daß z.B. bei der Würdigung der Vereinbarung des unentgeltlichen Ausscheidens für den Fall der Kündigung durch einen Privatgläubiger (§§ 135, 141 I 2 HGB) und für den des Ausschlusses aus wichtigem Grund ganz verschiedene Gesichtspunkte zu beachten und unterschiedliche Interessenabwägungen durchzuführen sind. (200)

Entscheidender, aus § 138 zu entnehmender Maßstab ist auch hier, daß sich niemand durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen in eine nach den herrschenden Anschauungen anstössige persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit begeben darf. (201) Eine Vereinbarung, die eine derartige

---

(199) Die Frage, ob eine allgemeine, auf alle Fälle des Ausscheidens gleichermaßen sich beziehende Vereinbarung des Abfiindungsausschlusses sittenwidrig ist, soll hier nicht untersucht werden. Die Darlegungen Knöchleins lassen sich aber nur so verstehen, daß er jeden Ausschluß des Abfindungsanspruchs, gleichgültig für welche Art des Ausscheidens er vereinbart ist, für unzulässig hält.

(200) Die Vereinbarung des Abfindungsausschlusses speziell für den Fall des Gläubigerzugriffes wird wegen unzulässiger Beeinträchtigung der Interessen Dritter für sittenwidrig gehalten. (Vgl. z.B. Weipert § 141 Anm. 23; Schlegelberger § 141 Anm. 14; § 138 Anm. 27; Staudinger-Kessler § 738 Anm. 19)

(201) Vgl. dazu Staudinger § 138 Anm. 7c, 18w ff. Zur Anwendung dieses Grundsatzes im Recht der OHG vgl. weiter Weipert § 119 Anm. 10, Schlegelberger § 119 Anm. 7, Hueck OHG § 11 IV, 2, Baumbach-Duden § 119 Anm. 2 B.

Abhängigkeit bezweckt, wäre sittenwidrig, und damit nichtig. Diese Zwecksetzung schließt auch die Absicht der Gesellschafter ein, sich auf Kosten eines Auszuschliessenden unbillig zu bereichern. (202) Sichtbar wird der mit der Unentgeltlichkeit verfolgte Zweck jedoch erst durch die Verknüpfung des Abfindungsausschlusses mit bestimmten Ausschließungsvoraussetzungen.

1. Der Abfindungsausschluß bei der Ausschließung aus wichtigem Grund.

Für den Regelfall wird es sich verbieten, in dem Abfindungsausschluß lediglich den Versuch der Gesellschafter zu erblicken, sich zu Lasten eines Auszuschließenden ungerechtfertigt zu bereichern, wenn Voraussetzung für die Ausschließung die Verwirklichung eines wichtigen Grundes ist. Mit dieser Voraussetzung ist die Motivation der Gesellschafter für die Aufnahme der Klausel in den Gesellschaftsvertrag in zumindest erst zu widerlegender Weise indiziert. Der Schutzzweck ist der Grund für die Vereinbarung. Sie soll die Garantie dafür erhöhen, daß bei keinem Gesellschafter ein wichtiger Ausschließungsgrund eintritt, und daß die gesellschaftsvertraglich übernommenen Verpflichtungen strikt eingehalten werden. (203) Außerdem dient die Vereinbarung der Unternehmenserhaltung, da die Gesellschaft nicht mit Abfindungsansprüchen belastet wird. (204) Ebenso kann man in der Klausel eine vertraglich übernommene Strafe für gesellschaftswidriges Verhalten erblicken. Es ist weder unbillig, noch sittenwidrig, wenn

---

(202) Vgl. dazu Hueck OHG, S. 281, derselbe Gesellschaftsrecht S. 41; Staudinger-Kessler § 737 Anm. 10.

(203) Vgl. zu der Abwägung auch eingehend Mordhorst, NJW 55,1542 ff. (1544)

(204) Diesen Gedanken betont BGHZ 22,194. In der Tat würde Sinn und Zweck der Ausschließung illusorisch werden, wenn das Unternehmen an der Abfindungsbelastung wirtschaftlich zugrundegehen würde.

einen Gesellschafter die entschädigungslose Ausschließung als Abwehrmaßnahme der übrigen Gesellschafter gegen seine groben Pflichtwidrigkeiten trifft. (205) Der einzelne Gesellschafter begibt sich nicht in eine von ihm nicht kontrollierbare, anstößige Abhängigkeit. Auch von einer sittenwidrigen Knebelung kann keine Rede sein, wenn sich alle Gesellschafter gleichermaßen dem abfindungslosen Ausschluß unterwerfen. (206)

Allerdings umfaßt die Generalklausel "wichtiger Grund" auch Ausschließungsgründe, die nicht in einem schuldhaften Verhalten des Auszuschließenden, sondern in objektiven Tatbeständen liegen. So kann z.B. längere Krankheit und damit verbundene Unfähigkeit zur Erfüllung der gesellschaftlichen Verpflichtungen zum Ausschluß führen. (207) Diese Ausschlußmöglichkeiten sind der Generalklausel immanent. Man kann jedoch nicht allgemein annehmen, daß die Vereinbarung einer unentgeltlichen Ausschließung in diesen Fällen sittenwidrig wäre. Hier ist vielmehr mit besonderer Sorgfalt im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob sich eine abfindungslose Ausschließung als mit Treu und Glauben oder mit § 138 unvereinbar darstellt. (208) Im obigen Beispiel-

---

(205) Mordhorst a.a.O.

(206) Ist die unentgeltliche Abfindung nur gegenüber einem Gesellschafter vorgesehen, müssen alle anderen aber im Falle der Ausschließung abgefunden werden, dann liegt die Annahme einer sittenwidrigen Knebelung nahe. Sie wäre anzunehmen, wenn in der von der Klausel ausgehenden Beeinflussung der Willensbildung dieses Gesellschafters eine unzulässige Freiheitsbeschränkung zu sehen wäre. (Bei einem vermögensmäßig nur gering beteiligten Gesellschafter würde man das z.B. wohl nicht annehmen können.) Grundsätzlich ist aber auch eine solche Vereinbarung als wirksam anzusehen, solange die entschädigungslose Ausschließung einen wichtigen Grund voraussetzt.

(207) Vgl. Beispiele bei Weipert § 140 Anm. 5.

(208) So Weipert § 140 Anm. 8, wo zutreffend ausgeführt wird, daß das nicht bedeutet, daß für die Bejahung des wichtigen Grundes ein strengerer Maßstab anzuwenden ist. Es sind nur auf Grund der Treupflicht in solchen Fällen in höherem Maße andere Auswege zumutbar.

fall wird man das Ausschließungsbegehren für unbegründet ansehen müssen, wenn der Gesellschafter vermögensmäßig wesentlich beteiligt ist und durch die entschädigungslose Ausschließung in eine Notlage geraten würde. Daraus dürfen die übrigen Gesellschafter keinen Vorteil ziehen. (209) Das verbietet ihnen die gesellschaftliche Treupflicht. In diesem Falle wäre ein gerade die Ausschließung rechtfertigender wichtiger Grund zu verneinen.

2. Der Abfindungsausschluß bei vertraglichen Ausschliessungserleichterungen.

Für die Fälle der Kombination von vertraglichen Ausschliessungserleichterungen und Abfindungsausschluß gilt das oben Ausgeführte grundsätzlich ebenso. Die Gesellschafter lassen mit der Vereinbarung derartiger objektiv nicht "wichtiger" Umstände als Ausschließungsgründe erkennen, daß sie sie für ihre Gesellschaft für wichtig ansehen. (210)

Die gesellschaftsvertragliche Kombination des absoluten Ausschließungsrechts und des Abfindungsausschlusses wird allerdings zutreffend für sittenwidrig gehalten. (211) Wie Hueck betont, liegt die Sittenwidrigkeit in der zu weitgehenden Freiheitsbeschränkung. Die übrigen Gesellschafter entscheiden nach freiem Ermessen nicht nur über die Zugehörigkeit des Auszuschließenden zur Gesellschaft, sondern auch über sein in der Gesellschaft steckendes Vermögen.

---

(209) Für diese Absicht wäre z.B. ein Indiz gegeben, wenn sich die fehlende Mitarbeit des erkrankten Gesellschafters noch nicht nachteilig auf das Unternehmen ausgewirkt hat.

(210) Vgl. dazu auch die Ausführungen S. 10 und S. 66.

(211) Vgl. Hueck OHG, § 29 I 2b; derselbe Gesellschaftsrecht S. 41.

Hier ist die Rechtsfolge, hinsichtlich der sich jeder Gesellschafter der Willkür der übrigen unterwirft, zwar nicht unbestimmt, aber unerträglich erweitert. Jeder Gesellschafter gerät in eine nicht zu billigende Abhängigkeit vom freien Ermessen der übrigen. Aber auch bezüglich des Motivs für die Einführung der Klauselverbindung bestehen Bedenken. Die bei dieser Konstellation naheliegendste Annahme ist die, daß der Möglichkeit der Weg geebnet werden soll, daß sich die übrigen Gesellschafter durch Ausschliessung eines Mißliebigen in den Besitz des Anteiles des Ausscheidenden bringen können. (212) Außerdem wird sich kaum ein Gesellschafter auf eine solche Vereinbarung einlassen, wenn nicht irgendein Zwang für ihn besteht. Schließlich bildet aber im Falle des absoluten Ausschließungsrechtes gerade die Beteiligung jedes Gesellschafters und der Abfindungszwang im Falle der Ausschließung noch eine gewisse Sicherung gegen den Mißbrauch durch die übrigen Gesellschafter, der entfallen würde. Ob beide Klauseln in diesem Falle nichtig sind, oder nur der Abfindungsverzicht, ist nach § 139 BGB zu entscheiden. In der Regel wird es nur der Abfindungsverzicht sein, so daß bezüglich der Abfindung die gesetzlichen Regeln eingreifen. Die Berechnungsmöglichkeiten für das Abfindungsguthaben sind allerdings unübersehbar. (213)

---

(212) Die Ausschließung soll aber für die übrigen Gesellschafter nicht eine Möglichkeit der Bereicherung bilden. Vgl. Hueck, OHG, § 29 II vor 1.

(213) Knöchlein a.a.O. weist auf 55 mögliche Berechnungsmethoden hin; Barz, (Betrieb 1959, S. 1428) spricht von einem Tummelplatz betriebswirtschaftlicher Theorien und Raabe (BB 56,708) von einem Chaos der vielfältigen Bewertungssysteme.

Lebenslauf

Ich wurde am 17. Mai 1935 in Magdeburg als Sohn des Büro-vorstehers Wilhelm Schramm und seiner Ehefrau Marga, geb. Knarr geboren. Nach fünf Jahren Volksschule in Magdeburg und Obernsees/Bayreuth besuchte ich die Oberrealschule Bayreuth und, ab 1950, die Oberrealschule Weiden/Opf., wo ich im Juli 1954 absolvierte. Von 1954 an studierte ich Rechtswissenschaft in München. 1958/59 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab. Vom Januar bis Juli 1960 war ich im Austauschwege über die Studienstiftung des Maximilianeums in Pavia/Italien. Derzeit bin ich als Rechtsreferendar beim Verwaltungsgericht München tätig.